

Retten til opphold og familiegjenforening Innen og utenfor EØS- regelverkets virkeområde

Kandidatnummer: 549

Leveringsfrist: 27.04.2009

Til sammen 17594 ord

27.04.2009

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING.....</u>	<u>3</u>
1.1	Emnet og problemstilling.....	3
1.2	Rettskildesituasjon og videre fremstilling	4
1.2.1	Regelverket innenfor EØS-virkeområdet	4
1.2.2	Regelverket utenfor EØS-virkeområdet	5
1.3	Forholdet mellom regelverkene.....	5
1.4	Den videre fremstilling.....	6
<u>2</u>	<u>OPPHOLD OG FAMILIEGJENFORENING - HENSYN OG BEGRUNNELSE.....</u>	<u>6</u>
<u>3</u>	<u>BERETTIGEDE PERSONER.....</u>	<u>8</u>
3.1	Unionsborgeren.....	8
3.1.1	Krav om statsborgerskap.....	8
3.1.2	Krav om et grenseoverskridende element.....	10
3.1.3	Retten for unionsborgeren til å nyte rettighetene etter regelverket innen EØS-virkeområde ved tilbakevending til hjemstaten	13
3.2	Oppholdstillatelse for ektefelle	17
3.3	Oppholdstillatelse for registrert partner	19
3.4	Oppholdstillatelse for samboer.....	21
3.5	Oppholdstillatelse for barn	23
3.6	Oppholdstillatelse for foreldre	26
3.7	Andre familiemedlemmer	27

3.8	Kravet om sikret underhold m.v.	29
3.9	Krav om sikret bolig.....	34
3.10	Krav til forholdets realitet	34
3.11	Krav om lovlig opphold.....	40
<u>4</u>	<u>ADMINISTRATIVE VILKÅR.....</u>	<u>45</u>
<u>5</u>	<u>RETTE TIL INNREISE</u>	<u>47</u>
<u>6</u>	<u>DEN VIDERE OPPHOLD</u>	<u>50</u>
6.1	Retten til opphold for familiemedlem som selv er EØS- /unionsborger	50
6.2	Familiemedlem som er tredjelandsborger.....	50
<u>7</u>	<u>PERMANENT OPPHOLDSTILLATELSE.....</u>	<u>52</u>
<u>8</u>	<u>KONKLUSJON.....</u>	<u>57</u>
<u>9</u>	<u>KILDER.....</u>	<u>61</u>

1 Innledning

1.1 Emnet og problemstilling

Tema for denne avhandlingen er hvilke bestemmelser som gjelder når en EØS-borger ønsker å bosette seg i Norge, og gjenforenes med sin familie her.

Det er to ulike regelverk som skal behandles. Det ene er det regelverk vi har innenfor EØS-virkeområdet.

Dette er bestemmelser som har sin opprinnelse i EF-retten, og gjelder borgere som benytter seg av retten til fri bevegelighet av personer. Dette er de regler som kommer til uttrykk i EØS-avtalen, og den lovgivning som er gitt i medhold av denne.¹

Det andre regelverket er de bestemmelser som ikke har sin opprinnelse i EF-retten, men i nasjonal rett. Dette er bestemmelser det skal søkes familiegjennforening etter, dersom man ikke oppfyller vilkårene for å kunne søke familiegjennforening etter EØS-regelverket.

Det finnes andre bestemmelser som har betydning for retten til innreise og opphold i Norge, foruten de bestemmelser som er gjenstand for denne avhandlingen. Det finnes for eksempel en avtale inngått mellom de nordiske land² vedrørende et felles arbeidsmarked. Også menneskerettighetene, og særlig EMK art. 8 om retten til familieliv, vil ha betydning for dette emnet. Disse regelverkene vil imidlertid ikke bli behandlet i denne avhandlingen.

¹ Se pkt 1.3.1.

² Avtalen er av 22.mai 1954, og gjelder mellom Danmark, Island, Sverige, Norge, Finland.

1.2 Rettskildesituasjon og videre fremstilling

1.2.1 Regelverket innenfor EØS-virkeområdet

Norge er ikke et medlemsland i den Europeiske Union. Derimot har Norge en avtale om økonomisk samarbeid med Unionen. Denne avtale omtales som EØS-avtalen, og er inkorporert i norsk rett ved lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde av 27.11.1992 nr. 109 (EØS-loven).

Direktivet som omhandler EØS-borgeres og deres familiemedlemmers rett til fri bevegelse er direktiv 2004/38 (heretter direktivet) som er temaet for denne avhandling, da den regulerer unionsborgeres, og deres familiemedlemmers adgang til opphold i EØS-området.⁸ Direktivet er inntatt i EØS-avtalen som sekundærlovgivning.³ Det er gitt egen lov som skal gjennomføre disse bestemmelsene i norsk rett. Denne loven heter lov om endringer i utlendingslovgivinga (regler for EØS- og EFTA-borgere o.a.) av 09.01.09 nr. 01 (heretter endringsloven). Loven er ment å erstatte kapittel 8. i gjeldende utlendingslov som regulerer det samme forholdet. De gjeldende regler etter kapittel 8. vil ikke bli gjort rede for i denne avhandlingen.

Da endringsloven ikke er gjennomført i norsk rett, vil jeg konsentrere meg om selve *direktivet*. Det finnes en norsk uoffisiell versjon av direktivet, bestemmelsene, men ettersom den er uoffisiell offisiell, vil jeg primært sitere fra den danske eller engelske offisielle versjonen i den videre fremstillingen av regelverket.

Formålet med direktivet er å erstatte en rekke direktiver vedrørende fri bevegelse av personer i EØS- området. Meningen har vært å samle reglene for de ulike persongrupper til en rettsakt. Dette innebærer en forenkling av regelkomplekset⁴ på området som gjør rettsreglene lettere tilgjengelig og mer oversiktlig for dem som skal praktisere dem.⁵ Direktivet gjentar i stort omfang reglene i de tidligere oppholdsdirektiver som nå er erstattet med dette direktivet. Av denne grunn er den rettspraksis tilknyttet til de tidligere oppholdsdirektiver fremdeles relevant.

³ Jf EØS- avtalens vedlegg V og VIII.

⁴ Jf Direktivets forord pkt. (4).

⁵ Ot.prp. nr 72 (2007-2008) pkt. 5.1.

Direktivet bruker begrepet *unionsborger* som en samlebetegnelse for den personkrets som omfattes av EØS-avtalen. Dvs. den krets som utøver sine rettigheter etter avtalen i egenskap av arbeidstaker, selvstendig næringsdrivende, student, eller selvforsørgende person.⁶ I norsk rett omtales *unionsborgeren* som *EØS-borgeren*, ettersom direktivet er relevant for Norge via EØS-avtalen. De borgere som nyter rettighetene etter direktivet er alle EØS-borgere, inkludert sveitiske borgere. Det er således denne personkrets som omfattes av begrepet *unionsborgeren/EØS-borgeren*. Jeg vil hovedsakelig bruke begrepet *unionsborgeren*, men det siktes altså til den samme personkrets.

Videre benyttes begrepet *medlemsstat* i direktivet. Dette begrepet omfatter alle EØS-land og Sveits.

1.2.2 Regelverket utenfor EØS-virkeområdet

Det annet regelsett som regulerer adgangen til familiegjengenforening og opphold for utlendinger er utlendingsloven av 24.06 1988 nr. 64(heretter utl.)⁷ De som søker familiegjengenforening med en bosatt i Norge må som utgangspunkt søke etter reglene i denne loven, eller regler gitt i medhold av loven. Utlendingsloven er en rammelov, og dennes bestemmelser presiseres i forskrift. Denne forskriften omtales som utlendingsforskriften(heretter uf.) og er gitt den 21.12.1990.

Det har kommet en ny utlendingslov, av 15.05.2008 nr.35. Denne er imidlertid ikke trådt i kraft. Loven gjør ingen betydelige endringer for adgangen til familiegjengenforening med person bosatt i Norge. En del av bestemmelsene som tidligere var i forskriftsform er nå inntatt i selve loven. Da denne loven ikke er trådt i kraft, vil jeg forholde meg til gjeldende regelverk ved fremstillingen av bestemmelsene som er relevante for denne avhandlingen.

1.3 Forholdet mellom regelverkene

EØS-loven § 2 fastslår at rettsakter gjennomført i lov, som tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter EØS-avtalen, skal i tilfelle konflikt ha forrang. Regelverk som har sin

⁶ St.prp. nr 42 (2007-2008) pkt. 2.

⁷ Dette med unntak av lovens kapittel 8.

opprinnelse i EØS-avtalen har således en *opphøyet status (lex superior)*. Dette betyr at regelverket innenfor EØS-virkeområdet vil gå foran regelverket utenfor EØS-virkeområdet, i den grad bestemmelsene er gjennomført i norsk lov. Direktivets art.37 fastslår imidlertid at det ikke rører ved bestemmelser i medlemsstatenes lovgivning som er gunstigere for personkretsen som omfattes av direktivet. Dette innebærer at dersom medlemsstatene har et gunstigere regelverk etter nasjonal rett for opphold og familiegjenforening enn de som følger av direktivet, vil disse bestemmelsene ha forrang, og alltid også gjelde for unionsborgerne og deres familiemedlemmer. Å nekte unionsborgerne opphold og familiegjenforening etter gunstigere regler vil innebære et brudd på det EØS- rettslige *diskrimineringsforbudet*. Dette betyr at rettsstillingen til unionsborgerne og deres familiemedlemmer til enhver tid vil være minst like god som rettsstillingen til de øvrige borgere i den aktuelle stat.

1.4 Den videre fremstilling

Jeg vil nå se på disse to regelverk, og forsøke å sammenlikne reglene for retten til opphold og familiegjenforening. Formålet er å se etter hvilket regelverk det er gunstig så søke opphold og familiegjenforening.

2 Opphold og familiegjenforening - Hensyn og begrunnelse

Retten til opphold og familiegjenforening i fellesskapsretten begrunnes primært med hensynet til den frie bevegelse av personer. Den frie bevegelse av personer er en av de grunnleggende friheter i EF-traktaten. (Heretter EF). Denne friheten skal bidra til å etablere et felles marked for medlemsstatene, et marked som er så vidt mulig likt det alminnelige nasjonale marked. På denne måten søker man å oppnå mest mulig effektiv produksjon i fellesskapsområdet, da man antar at

borgerne beveger seg til de områder det er størst etterspørsel etter dem⁸, som vil bidra til å øke verdiskapningen i EØS-området, og EØS-landenes konkurransedyktighet. For å kunne oppnå dette formålet er det nødvendig for fellesskapet å fjerne hindringer som medfører at unionsborgerne ikke kan, eller ikke vil bevege seg på i EØS-området.

Dette betyr nødvendigvis at EØS-borgerne må ha rett til å bevege og oppholde seg fritt i EØS-området. Videre må EØS-borgerne ha adgang til å bringe med seg sin familie, for uansett hvordan man definerer *familie*, vil denne alltid spille en viktig rolle i en persons liv.

Familierelaterte spørsmål vil derfor ofte være avgjørende for hvorvidt en unionsborger velger å bruke retten til fri bevegelighet.⁹

I *Metock*¹⁰ begrunner EF-domstolen retten til familiegjennforening ved å si at den frie bevegelighet ville blitt *hindret*, eller i alle fall *alvorlig begrenset* hvis det ikke var mulig å ta med seg familien til det annet medlemsland, jf premiss 62.

Men i den senere tid har menneskerettslige argumenter vært mer fremtredende vedrørende retten til familiegjennforening. I direktivets forarbeider¹¹ uttales det i pkt 2.4 at;

”Det er korrekt, at retten til at færdes og opholde sig på medlemsstaternes område for EU-borgeres familiemedlemmer ikke udtrykkeligt er fastslået i traktaten, men denne ret følger af **retten til bevarelse af familiens enhed**, der er tæt knyttet til retten til **beskyttelse af familielivet**, som er en **grundlæggende ret** i medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner, og hvis overholdelse sikres af fællesskabsretten, ligesom den følger af **Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder**.”

Også EF-domstolen har argumenter fra et menneskerettslig perspektiv. I *Metock* begrunner domstolen retten til familiegjennforening også ut i fra hensynet til *familiens enhet*. Dette

⁸ Tryfonidou (2009)a) s. 4.

⁹ Tryfonidou (2009)a) s. 96.

¹⁰ C-127/08

¹¹ KOM(2001)257 endelig.

argument er et menneskerettslig argument. Retten bemerker også at alle medlemslandene har ratifisert EMK, som altså har bestemmelser om retten til familieliv, jf premiss 72.

3 Berettigede personer

3.1 Unionsborgeren

3.1.1 Krav om statsborgerskap

Direktivets art 3(1) fastslår at direktivet kommer til anvendelse på;

”enhver unionsborger, der rejser til eller tager ophold i en anden medlemsstat end den, hvor vedkommende er statsborger.”

Begrepet *unionsborger* defineres i direktivets art.2(1) som enhver person som er statsborger i *et medlemsland*. Denne definisjonen stammer fra EF art. 17(1), som fastslår at unionsborgerskapet er ment å supplere, og ikke erstatte statsborgerskapet. Hvem som er å regnes som statsborger i det enkelte medlemsland, avgjøres etter medlemslandenes nasjonale rettsregler,¹² som innebærer at det er opptil den nasjonale rett å legge premissene for ervervelse og tap av statsborgerskap.¹³ Dersom en person har statsborgerskap i kraft av nasjonale rettsregler, vil denne borger i kraft av dette statsborgerskap oppnå status som unionsborger i EØS- rettens forstand.

De norske forarbeidene¹⁴ presiserer at begrepet ”unionsborger” skal forstås som statsborger av et EU/EØS land, da direktivet inkorporeres i norsk rett.

¹² EU-karnov: Kommentarer til EF art.17 note 2.

¹³ EU Karnov: Om Unionsborgerskap. Pkt. 2.

¹⁴ St.prp. nr 42 (2007-2008) s. 3. Jf Ot.prp. nr. 72 (2007-2008) s. 11.

Det kreves ikke at man skal ha bosatt seg i en medlemsstat for å anses som unionsborger. Dette innebærer at retten til fri bevegelighet etter art.3(1) gjelder uavhengig av hvor man har vært bosatt tidligere. For eksempel kan man ha vært bosatt i et tredjeland.

At det oppstilles krav om statsborgerskap medfører at borgere i EØS-området, som kun har oppholdstillatelse, ikke vil nyte de rettigheter som direktivet gir vedrørende fri bevegelighet og familiegjenforening.

Etter regelverket utenfor EØS-virkeområdet oppstilles det ikke krav om statsborgerskap for å søke familiegjenforening med referansepersoenen.¹⁵ Det følger av utl. § 9 at referansepersoenen må være ”en norsk eller nordisk borger, som er bosatt i riket eller er utlending som har eller får lovlig opphold i riket med arbeidstillatelse eller oppholdstillatelse uten begrensninger”.

Dette betyr at utlendinger som har fått innvilget lovlig opphold i riket uten begrensninger kan gjenforenes med sine nærmeste familiemedlemmer selv om de ikke har norsk statsborgerskap.

At det oppstilles krav om statsborgerskap i EØS-regelverket er kritisert i teorien. Argumentet som har blitt brukt er at ”formålet bak reglene om fri bevegelighet ville blitt styrket dersom også personer med oppholdstillatelse hadde fått mulighet til å benytte seg regelverket.”¹⁶

Men dersom man ikke stiller statsborgerskap som vilkår for unionsborgerskap kunne man havne i en situasjon hvor tredjelandsborgere søker til det land med liberal innvandringspolitikk. Dette landet ville blitt brukt som et *transittland*, altså et land hvor vedkommende henvender seg til kun for å få oppholdstillatelse, for så å kunne fritt dra nytte av den frie bevegelighet.”¹⁷

Mot dette igjen kan anføres at tredjelandsborgere uansett vil søke til de land med liberal innvandringspolitikk, da disse medlemsland mest sannsynlig også vil være mest liberale til å innvilge statsborgerskap.

¹⁵ Referansepersoenen er den som er bosatt i Norge og som det søkes familiegjenforening med.

¹⁶ EØS-rett (2004) pkt.19.2.3.

¹⁷ EØS-rett (2004) pkt. 19.2.3.

Kravet om statsborgerskap er en nødvendig, og tilstrekkelig betingelse.¹⁸ At vedkommende har dobbelt statsborgerskap, er uten betydning. Det kan f. eks være at unionsborgeren i tillegg statsborgerskap i et tredjeland.

Det kan tenkes at unionsborgeren taper sitt statsborgerskap. For eksempel kan dette skje dersom statsborgerskapet ble innvilget under falske premisser.¹⁹ Slike omstendigheter kan føre til at vedtaket om statsborgerskap omgjøres etter forvaltningsloven § 35. Medlemsstatene har rett til å treffe tiltak for å forhindre denne type misbruk jf art.35. Tap av statsborgerskap innebærer at vedkommende ikke lenger har status som *unionsborger*, og vil således ikke kunne nyte rettighetene etter direktivet.

3.1.2 Krav om et grenseoverskridende element

3.1.2.1 Hovedregel: Fysiske personer må krysse en grense

Oppholdsdirektivet art 3(1) får kun anvendelse på de unionsborgere som ”flytter til eller oppholder seg i en *annen medlemsstat enn den de er borger i*”

Bestemmelsens ordlyd gir uttrykk for at unionsborgeren må *passere en grense*, for å nyte rettighetene etter direktivet. Det må foreligge en *grenseoverskridelse til en annen medlemsstat*. Dersom det ikke foreligger en grenseoverskridelse, er *hovedregelen* at EØS-regelverket ikke kommer til anvendelse. Forholdet anses som en *intern situasjon* som reguleres av nasjonale regler; reglene utenfor EØS-regelverkets virkeområdet.

Spørsmålet er således hva det *grenseoverskridende element* innebærer?

For å forstå dette er det nødvendig å se nærmere på rettspraksis vedrørende dette spørsmålet.

¹⁸ I C-224/98 (*D’Hoop*) uttaler domstolen at *enhver person* som har statsborgerskap i et medlemsland nyter status som unionsborger jf. premiss 27.

¹⁹ Dette kan være tilfeller hvor vedkommende har fått opphold, og således statsborgerskap ved å gi falske opplysninger, f. eks oppgitt falsk identitet.

Morson.²⁰ gjaldt to Nederlandske statsborgere som ønsket familiegjening med sine mødre som var tredjelandsborgere. Disse to hadde på ingen tidspunkt arbeidet i et annet EØS-land.

Domstolen uttalte at bestemmelsene om den frie bevegelse ikke kan anvendes i tilfeller som ikke har noen som helst tilknytning til de forhold fellesskapsretten gjelder for jf premiss 16.

Ettersom barna ikke på noen tidspunkt hadde benyttet seg av fellesskapsreglene(dvs. retten til fri bevegelse), førte dette til at fellesskapsreglene heller ikke kom til anvendelse jf premiss 17.

Fordi vedkommende arbeidet i sin egen hjemstat, og hadde aldri utøvet retten til fri bevegelse innen EØS-området, hadde de heller ingen rett til å søke gjening etter EØS-regelverket.²¹

Det samme ble bekreftet *Uecker og Jacquet*.²² Sakene omhandler ektefeller til to tyske statsborgere som søkte familiegjening med sine ektefeller i Tyskland, som arbeidet i Tyskland. Ektefellene hadde ikke på noen tid benyttet seg av den frie bevegelse, dvs. krysset grensen til et annet EØS-land.

Domstolen uttaler i premiss 22 at det fremgår av *fast rettspraksis* at bestemmelsene om den frie bevegelse og de forordninger som er utstedt for å gjennomføre denne, ikke kan anvendes på forhold som *ikke har noe tilknytning til fellesskapsretten*, og som gjelder et *internt forhold*.

Bestemmelsene om den frie bevegelse kan ikke komme til anvendelse på arbeidstakers forhold, dersom de *aldri har utøvet retten* til fri bevegelse i fellesskapsområdet.

Standpunktet begrunnes med at formålet bak reglene om fri bevegelse ikke er å sikre ektefeller arbeid på samme sted, men gjøre det *mulig for arbeidstakere å bevege seg fritt i fellesskapsområdet for å søke arbeid*. jf premiss 21. Retten konkluderer således med at tredjelandsborgere ikke kan påberope seg regelverket innen EØS-virkeområdet dersom retten til fri bevegelse aldri er benyttet jf premiss 24.

Dommene ovenfor innebærer at fysiske personer som utgangspunkt må flytte til et annet EØS-land for å nyte rettighetene etter regelverket utenfor EØS-virkeområde. Norske borgere må således flytte til et annet EØS-land for å nyte rettighetene etter direktivet.

²⁰ C-35/82.

²¹ Paul Craig, EU LAW(2003) s.742.

²² C-64/96 og C-65/96.

3.1.2.2 Unntak: Det grenseoverskridende element ved tjenesteytelser

Selv om det fremkommer av ordlyden i art.3(1) at *unionsborgeren* må *passere en grense*, for å omfattes av direktivet gjelder ikke dette kravet for tjenesteytere jf *Carpenter*.²³

Carpenter²⁴ var en britisk statsborger som eide en virksomhet i Storbritannia, som innebar at han handlet med kunder som var etablert i øvrige medlemsland. Av denne grunn var Carpenter ofte på reisefot i EØS-området. Mens han var på reise, passet hans ektefelle (som var tredjelandsborger) på hans to barn. Ektefellens oppholdsvisum hadde imidlertid gått ut på dato, slik at det ble truffet vedtak om utvisning. Etter det britiske nasjonale regelverket, måtte Carpenters ektefelle forlate Storbritannia, og deretter søke oppholdstillatelse på grunnlag av familiegjennforening fra sitt hjemland. Carpenter hevdet at utvisning av ektefellen ville ha en negativ påvirkning på hans *mulighet til å yte tjenester i de øvrige medlemsland*. Britiske myndigheter argumenterte på den andre siden at dette var en *intern situasjon*, ettersom Carpenter ikke hadde utøvd retten til fri bevegelse ved å *krysse en grense*.

EF-domstolen kom frem til at Carpenter var omfattet av fellesskapsreglene.

Som begrunnelse for sitt resultat uttaler EF-retten i premiss 39 at:²⁵

Det er ubestridt, at en adskillelse af ægteparret Carpenter ville få negative konsekvenser for deres familieliv og dermed også for betingelserne for Peter Carpenters udøvelse af en grundlæggende frihed. Denne frihed ville nemlig ikke få fuld gennemslagskraft, hvis Peter Carpenter blev afholdt fra at udøve den som følge af de hindringer, der opstilles i hans oprindelsesland for hans ægtefælles indrejse og ophold.

Altså ville en utsendelse av Carpenters ektefelle utgjøre en hindring for Carpenter adgang til å fullt ut utøve en grunnleggende rettighet. I den engelske språkversjonen av dommen brukes begrepet **deterred**, som betyr avskrekket. Domstolen uttaler at:

²³ C-60/00

²⁴ Eleanor Spaventa(2007) s. 48.

²⁵ Domstolen viser også til *Singh-dommen*, denne er behandlet i avsnitt. 3.1.3.

*That freedom could not be fully effective if Mr Carpenter were to be **deterred** from exercising it by obstacles raised in his country of origin to the entry and residence of his spouse.*

Det er klart at domstolen ved å benytte seg av dette begrepet, uttrykker seg på en sterkere måte i den engelske versjonen, enn i den danske.

Dommen innebærer at norske borgere bosatt i Norge kan søke familiegjennforening etter EØS-rettens bestemmelser, dersom de driver med næringsvirksomhet som innebærer at tjenesten som tilbys *passerer* en grense. Norske borgere som driver med ”grenseoverskridende virksomhet,” kan påberope seg EØS-regelverket f. eks hvis deres familiemedlem må passe på barn. Det er ikke nødvendigvis slik at det må være *felles* barn. I Carpenters tilfelle passet ektefellen på Carpenters særkullsbarn. Det kan også tenkes at en ansatt i virksomheten søker familiegjennforening, dersom vedkommende må foreta utenlandsopphold i forbindelse med sitt arbeid.

3.1.3 Retten for unionsborgeren til å nyte rettighetene etter regelverket innen EØS-virkeområde ved tilbakevending til hjemstaten

Har en EØS-borger gjort bruk av retten til fri bevegelighet (beveget seg i EØS-området) nyter fortsatt vedkommende godt av regelverket innenfor EØS-virkeområdet, ved tilbakevending til hjemstaten. Dette innebærer at en norsk statsborger, som har benyttet sin rett til fri bevegelighet i EØS-området, kan ved tilbakevending til Norge fortsatt søke familiegjennforening etter de bestemmelser som fremkommer av direktivet.

Dette følger av EF-rettens praksis, jf *Singh*.²⁶ Saksforholdet var at en britisk statsborger som var gift med en tredjelandsborger flyttet til Tyskland hvor de arbeidet noen år. Deretter bestemte ekteparet seg for å reise tilbake til Storbritannia for å etablere seg som selvstendige næringsdrivende. Spørsmålet i saken var om en statsborger som har benyttet seg av retten til fri bevegelighet, kan ved å reise tilbake til opprinnelseslandet fremdeles nyte rettighetene etter regelverket innenfor EØS-virkeområdet.

²⁶ C-370/90.

Domstolen uttalte i premiss 21 at en statsborger i et medlemsland som har benyttet retten til fri bevegelighet, og som vender tilbake til sitt opprinnelsesland, har rett til å ta med seg sin ektefelle, selv om vedkommende er tredjelandsborger.

EF- domstolen fastslo i premiss 25 at traktatens art 52 og direktiv 73/148²⁷ fortolkes slik at en medlemsstat er forpliktet til å tillate sine statsborgere familiegjengenforening etter bestemmelser som gir minst like gode rettigheter som fellesskapsretten, dersom denne statsborger har benyttet seg av retten til fri bevegelighet, og velger å vende tilbake til sitt hjemland.

Dette gjelder uavhengig av ektefellens nasjonalitet, altså gjelder dette også for familiemedlemmer som er tredjelandsborgere. Det er med andre ord uten betydning at tredjelandsborgeren hadde rett til opphold i unionsborgerens hjemland, eller andre medlemsstater før bruk av retten til fri bevegelighet.

EF-domstolen begrunner sitt standpunkt med å uttale i premiss 19 og 21 at;

*En statsborger i en medlemsstat **kunne opgive at forlade** sit oprindelsesland for i en anden medlemsstat at udøve en lønnet beskæftigelse eller en selvstendig erhvervsvirksomhed i traktatens forstand, såfremt vedkommende ikke ved en tilbagevenden til den medlemsstat, hvori han eller hun er statsborger, med henblik på at udøve en lønnet beskæftigelse eller en selvstendig erhvervsvirksomhed er underlagt vilkår med hensyn til indrejse og ophold, der er **mindst lige så fordelagtige som** dem, vedkommende i henhold til traktaten eller den afledte ret har krav på i en anden medlemsstat.*

*En statsborger i en medlemsstat **kunne navnlig opgive** noget sådant, såfremt ikke også hans eller **hendes ægtefælle og børn havde tilladelse til at indrejse og tage ophold** i medlemsstaten på vilkår, der er mindst lige så fordelagtige som dem, sådanne personer i henhold til fællesskabsretten har krav på i en anden medlemsstat.*

I den engelske språkversjon av dommen brukes uttrykket **deterred**, i likhet med *Carpenter*. Altså vil unionsborgeren kunne bli *avskrekket* fra å utøve retten til fri bevegelighet dersom vedkommende ikke fikk vende tilbake til sin hjemstat, dersom hans nære familiemedlemmer ikke fikk bli med vedkommende tilbake til hjemstaten.

²⁷ Denne er opphevet ved direktiv 2004/38.

I teorien hevdes det at det er to måter å fortolke de ovennevnte premisser.²⁸

Fortolkningsalternativene er;

- i) Dersom *Singh* ikke hadde adgang til å returnere med sine familiemedlemmer, så ville vedkommende være *avskrekket* fra å i det hele tatt forlate hjemstaten sin. Slik jeg forstår dette tolkningsalternativ er poenget at en unionsborger vil vurdere adgangen til familiegjennforening før vedkommende bruker sin rett til fri bevegelse. Dersom det er slik at det ikke er mulig å bringe med seg sin familie tilbake, så er sannsynligheten at vedkommende avstår fra å bevege seg innen EØS-området større.
- ii) Dersom *Singh* ikke hadde adgang til å til å returnere til hjemstaten sin, ville vedkommende bli *avskrekket* fra å utøve retten til fri bevegelse ved å flytte fra vertsstaten tilbake til hjemstaten. Dette betyr at det forhold at unionsborgeren ikke får bringe med seg sine familiemedlemmer, fører til at vedkommende blir avskåret fra å på *nytt* benytte retten til fri bevegelse.

Uansett hvilket tolkningsalternativ man legger til grunn, innebærer dommen at unionsborger har adgang til å bringe med seg sin familie tilbake til hjemstaten sin, uavhengig av om det er familie som vedkommende *brakte med* seg til vertsstaten, eller om det er familie som vedkommende *stiftet* i vertsstaten.

I *Eind*²⁹ bekreftes rettsetningen i *Singh*, men domstolen går et hakk videre.³⁰

Sakens faktum var at en nederlandsk statsborger reiste til Storbritannia for å arbeide. Der ble han gjenforent med sin datter som var tredjelandsborger. Etter litt over ett år reiste den nederlandske statsborger tilbake til Nederland. Datteren søkte om familiegjennforening, men fikk avslag på sin søknad, under henvisning av at hennes far verken var arbeidende eller arbeidssøkende, slik at noen rett til familiegjennforening ikke kunne avledes av EF-retten, da de falt utenfor EF-rettens anvendelsesområde.

Men EF-domstolen uttalte at i en slik situasjon var det rett til familiegjennforening til *tross for at faren ikke arbeidet, eller var arbeidssøkende, ved tilbakevending til sitt opprinnelsesland jf*

²⁸ Tryfonidou (2009) b) s.6.

²⁹ C-291/05

³⁰ Tryfonidou (2009)b) s.7.

premiss 45. I *Singh* reiste vedkommende tilbake til hjemstaten, og hadde etablert seg som selvstendig næringsdrivende.

Denne dommen fastslår altså at det ikke er et vilkår at en unionsborger som vender tilbake til sitt opprinnelsesland må være i arbeid eller arbeidssøkende i hjemstaten. Som begrunnelse for sitt resultat uttaler EF-domstolen i premiss 35 og 36 at;

*”En statsborger i en medlemsstat **kan afstå fra** at forlade den medlemsstat, hvori han er statsborger, for at udøve lønnet beskæftigelse på en anden medlemsstats område, hvis han ikke har **sikkerhed** for at kunne vende tilbage til sin oprindelsesmedlemsstat, uanset om han er erhvervsmæssigt beskæftiget i denne sidstnævnte stat eller ej.*

*Denne **demotiverende** virkning ville ligeledes opstå for fællesskabsborgeren ved den blotte udsigt til ikke at kunne fortsætte det samliv med sine **nære slægtninge, som han måtte have indledt ved ægteskab eller familiesammenføring** i værtsmedlemsstaten”*

I likhet med *Singh*, bruker EF-domstolen begrepet *deterred* i *Eind*, som betyr *avskrekkende*. Altså kan en unionsborger bli avskrekket fra å utøve retten til fri bevegelighet dersom vedkommende ikke har en sikkerhet i at han alltid kan vende tilbake, uavhengig av om han er engasjert i økonomisk aktivitet i hjemstaten.

Retten fastslår videre at retten til oppholdstillatelse på grunnlag av familiegjenforening ikke er avhengig av at tredjelandsborgeren har hatt lovlig opphold på grunnlag av nasjonal rett(regelverket utenfor EØS-virkeområde). I Dette tilfellet Nederland jf premiss 41. Domstolen fastslår i premiss 43 at et vilkår om lovlig opphold iht. nasjonal lovgivning ikke fremkommer av fellesskapsbestemmelsene, og at det ville stride mot fellesskapets formål å oppsette et slikt vilkår, da det anses som viktig å beskytte unionsborgernes familieliv, for å sikre rettigheter som gis av traktaten(retten til fri bevegelighet)jf premiss 44.

3.2 Oppholdstillatelse for ektefelle

Innen EØS-regelverkets virkeområde³¹ kan ektefelle søke om familiegjenforening med unionsborgeren etter art.(3)1 ledd jf art.2(2)litra a).

Utenfor EØS- regelverkets virkeområde kan ektefelle søke familiegjenforening med referansepersonen etter utl. § 9 jf uf. § 23(1)litra a).

Ektefellen er den unionsborgeren/referansepersonen har inngått en samlivspakt med.

Når en slik samlivspakt er gyldig er ikke regulert i direktivet. Dette er imidlertid regulert etter regelverket utenfor EØS-virkeområde i lov om ekteskap av 04.07.1991. Vilkår for gyldig inngått ekteskap vil ikke behandles i denne oppgaven. I den videre fremstilling forutsettes det at ekteskapet er gyldig.

For at en ektefelle skal innvilges oppholdstillatelse på grunnlag av familiegjenforening, må to vilkår være oppfylt jf uf. § 23(1)litra a). Det ene er at ektefellene må bo³² sammen etter ekteskapsinngåelse.³³ Direktivet oppstiller et tilsvarende vilkår for å oppnå permanent oppholdstillatelse jf avsnitt. 7.

Det andre vilkåret som oppstilles etter uf. § 23(1)litra a) er at begge ektefeller må være over 18, med mindre ekteskapet er inngått i Norge. Etter regelverket innenfor EØS-virkeområde, oppstilles det ikke en aldersgrense for ekteskapsinngåelse jf ordlyden i art.3(1) jf art.2(2). De fleste EØS-land har antageligvis en aldersgrense på minimum 18 år for ekteskapsinngåelse. Et problem mht. ektefellenes alder vil eventuelt oppstå dersom ekteskapet inngås i et tredjeland, hvor det er vanlig at man gifter seg i en relativ ung alder(barneekteskap).

Selv om spørsmålet om alder ikke reguleres i direktivet, vil det likevel antageligvis være slik at ekteskap mellom mindreårige anses som ugyldige etter EØS-regelverket. Begrunnelsen for dette er at det må antas å være en alminnelig rettsoppfatning i Europa om at det stilles en minimumsalder for ekteskapsinngåelse.

³¹ <http://eumovement.wordpress.com/2008/04/22/definition-of-family-member/>

³² At ektefellene ikke bor sammen kan antyde at ekteskapet er proforma jf avsnitt. 3.10.

³³ NOU:2004:20 pkt. 8.2.2.1.

De tilfeller hvor en unionsborger har inngått *flere gyldige* samlivspakter, er heller ikke regulert i direktivet. Her kan det oppstilles spørsmål om en unionsborger kan søke familiegjening med flere ektefeller etter EØS-regelverket.

I regelverket utenfor EØS-virkeområdet er dette spørsmålet regulert. Selv om referansepersoen gifter seg med flere, er ikke alle å anses som *ektefelle*. Dersom referansepersoen inngår lovlig ekteskap med *flere*, kan vedkommende kun regne den første som *ektefelle*. Jf uf. § 23(1)litra a) 3. pkt. Dette innebærer at kun den *første ektefelle* har adgang til å søke familiegjening med referansepersoen. Dersom en norsk borger inngår ekteskap med en i utlandet som *allerede er gift*, er vedkommende ikke å anses som ektefelle jf uf. § 23(1)litra a) 4.pkt. Vedkommende kan således ikke kan søke om oppholdstillatelse på grunnlag av familiegjening.

I Norge er det verken tradisjon, eller adgang til å ha flere ektefeller. Det er det heller ikke i de øvrige EØS-land. Men det finnes tredjeland hvor det er vanlig å praktisere ekteskap med flere en to parter. Disse kalles henholdsvis;” Bigami(ekteskap hvor den ene part er gift med to), polygyni(en mann gift med flere enn to ektefeller) polyandri(en kvinne med flere ektefeller).

Direktivet er som nevnt taust vedrørende disse former for ekteskap. Spørsmålet er ikke drøftet i forarbeidene, og det finnes heller ikke noen rettspraksis fra EF-domstolen vedrørende denne problemstilling. Antagelig vil løsningen måtte være at kun det første ekteskap vil være gyldig. Begrunnelsen for dette er at er i likhet med alderskravet jf ovenfor, at det ville stride mot den alminnelige rettsfølelse i EØS-landene å tillate slike former for ekteskap.

Begrepet *ektefelle* kan ikke tolkes utvidende til å også gjelde samboere. Dette er fastslått i *Reed*.³⁴ I premiss 15 og 16 uttaler domstolen at begrepet ektefelle ikke kan tolkes som den partner man er i et stabilt forhold med (samboer).

Dette innebærer at en samboer ikke kan søke om familiegjening etter art. 3(1) jf art. 2(2)litra a) Disse må eventuelt søke om familiegjening etter art.3(2)litra b).

Videre forutsetter direktivet at en *ektefelle* er en persoen av motsatt kjønn enn unionsborgeren. Familiegjening med en partner av samme kjønn reguleres av art. 3(1) jf art.2(2)litra b).

³⁴ C-59/85.

3.3 Oppholdstillatelse for registrert partner

Registrerte partnere³⁵ omfattes også av den familiekrets som kan søke familiegjengenforening med unionsborgeren etter art.3(1) jf art 2(2) litra b). Det oppstilles imidlertid som vilkår at lovgivningen i vertsstaten *sidestill* et registrert partnerskap med et ekteskap.

Dette innebærer at det er opptil det enkelte EØS-land å bestemme om de skal tillate familiegjengenforening for parter av samme kjønn.

Bakgrunnen for at man overlater dette spørsmålet til de enkelte land, er fordi synet på samliv mellom parter av samme kjønn varierer en del i Europa. Noen land har en konservativ holdning til denne type samliv. Dette gjelder spesielt de mer *religiøse land*, da samliv mellom to av samme kjønn anses som *syndig*.

Dersom det aktuelle medlemsland ikke har en ordning med registrert partnerskap kan man ikke kreve å gjenforenes med sin partner etter art.3(1) jf art.2(2)litra b). Det kan eventuelt søkes gjenforening etter art.3(2).

Men i det tilfellet der vertsmedlemsstaten har en ordning med partnerskap, som er sidestillt med ekteskap blir det neste spørsmålet hva som ligger i begrepet *sidestillt*?

At et partnerskap er sidestillt med et ekteskap innebærer at det har ekteskapsliknende rettsvirkninger.

Det neste spørsmålet er således kan stille seg kan en stille spørre hvor *sidestillt* et registrert partnerskap må være med et ekteskap for at det utløser en rett til familiegjengenforening?

Etter regelverket utenfor EØS-virkeområdet gir et samliv mellom to personer av samme kjønn rett til opphold i riket. Tidligere kalte man denne form for samliv *registrert partnerskap*. Nå er imidlertid dette også å regnes som ekteskap jf ekteskapsloven § 1,³⁶ det homofile og heterofile ekteskap har så like rettsvirkninger.

³⁵ <http://eumovement.wordpress.com/2008/04/22/definition-of-family-member/>

³⁶ Lov av 07.04.1991 nr. 47.

Dette betyr at Norge har *sidestilt* det heterofile og homofile samliv, så langt det er mulig; samlivsformene er **likestilt**. Dette betyr at EØS-borgere som ankommer Norge har krav på familiegjennforening etter art 3(1) jf art 2(2) litra b).

Mer problematisk blir det imidlertid ift. de EØS-land som *delvis* har *sidestilt* det homofile samliv med det tradisjonelle ekteskap. Spørsmålet er hvor like rettsvirkninger må det registrerte partnerskap ha i forhold til det tradisjonelle ekteskap, for å utløse retten til familiegjennforening?

Innebærer dette at rettsvirkningene av et partnerskap må være identiske med et ekteskap, eller er det tilstrekkelig at partnerskap har fått rettslig anerkjennelse som samlivsform? Eks. i Danmark har ikke et registrert partnerskap like rettsvirkninger som et ekteskap. Registrerte partnere har f. eks ikke lik adgang til å adoptere et barn på lik linje med de tradisjonelle ektefeller.

Antagelig er det tilstrekkelig at vertsmedlemslandet har en ordning med registrert partnerskap, som gir denne samlivsformen rettslig anerkjennelse. Begrunnelsen for dette er at denne løsningen vil være i harmoni med direktivets *formål*, da direktivet oppfordrer medlemsstatene til å utvide definisjonen av *familie* til å også omfatte registrerte partnere jf direktivets forale pkt(5).

Et annet problem som kan tenkes forekomme er et tilfelle hvor en *ektefelle* av samme kjønn søker familiegjennforening med en unionsborger. For eksempel kan det tenkes at en norsk borger søker familiegjennforening i Irland (som ikke anerkjenner homofilt samliv) etter direktivets art.3(1) jf art.2(2) litra a). Vil Irland være pliktig å innvilge en søknad om familiegjennforening med *ektefelle*? Det er ikke bare Norge som tillater ekteskap mellom to av samme kjønn. I Europa kan nevnes eksempler som Belgia, og Nederland

Videre fremkommer det av ordlyden i art.2.(2) litra b) at bestemmelsen kun gir adgang til familiegjennforening for partnere som har inngått registrert partnerskap på *grunnlag av lovgivningen i en medlemsstat*. Dette innebærer at unionsborgere som har inngått registrert partnerskap på grunnlag av lovgivningen i et tredjeland (f eks. USA) ikke kan søke om familiegjennforening etter direktivets bestemmelser. Disse må eventuelt søke gjennforening som etter art 3(2).

3.4 Oppholdstillatelse for samboer

Samboere³⁷ betraktes ikke som familiemedlemmer etter art.3(1) jf 2(2), som innebærer at de *ikke* har en *automatisk rett* til å gjenforenes med unionsborgeren, i motsetning til de familiemedlemmer som faller under definisjonen art.2(2).

Men det kan likevel være grunnlag for rett til opphold på grunnlag av familiegjeningforening.

Hjemmelen for dette etter regelverket innen for EØS-virkeområdet er direktivets art. 3(2)litra b) som har følgende ordlyd;

”Uden at det berører de pågældendes personlige ret til fri bevægelighed og ophold og i overensstemmelse med den nationale lovgivning skal værtsmedlemsstaten lette indrejse og ophold for følgende personer: b) den partner, med hvem unionsborgeren har en behørigt dokumenteret varig tilknytning.”

Bestemmelsen slår fast at retten til familiegjeningforening for partner som unionsborgeren har en dokumentert varig tilknytning, skal være i *overensstemmelse* med den nasjonale rett. Dette innebærer at det er opp til nasjonale myndigheter å regulere adgangen til familiegjeningforening for samboere.

Dersom EØS-landets egne borgere har adgang til familiegjeningforening med samboer etter nasjonale rettsregler, innebærer det et brudd på diskrimineringsforbudet i EØS- retten å hindre at unionsborgere ikke får den samme rett, jf fortalens pkt.(6). I *Reed* fastslås det at medlemsstater som gir egne borgere adgang til familiegjeningforening på grunnlag av samboerskap, plikter å gi denne rett til unionsborgere. Å ikke gi unionsborgere lik rett til familiegjeningforening innebærer et brudd diskrimineringsforbudet i EF-retten, jf dommens premiss 21.³⁸

Etter rettsreglene utenfor EØS-virkeområde, reguleres samboeres rett til oppholdstillatelse på grunnlag av familiegjeningforening i utl. § 9 jf uf. § 23(1)litra b).

³⁷ <http://eumovement.wordpress.com/2008/04/28/other-family-members-who-are-beneficiaries/>

³⁸ Se også avsnitt 1.3. hvor det ble fastslått at unionsborgere aldri kan stilles i dårligere rettslig posisjon en vertslandets egne borgere.

En forutsetning for familiegjenforening er at paret har levd sammen i et *fast og etablert samboerforhold i minst to år*, og partene *akter å fortsette samlivet*.

Videre er det et vilkår at begge partene er over 18 år.³⁹ Partene kan være av samme kjønn.

Kravet om at forholdet skal være *fast og etablert* innebærer at forholdet må være seriøst, eller for å bruke et annet uttrykk; partene må være *tilknyttet* til hverandre på en slik måte, at de kan anses som en *familieenhet*. Det er familieenheten som søkes beskyttet av direktivet.

Det absolutte tidskravet på to år, er forholdsvis langt, slik at det som utgangspunkt skal en del til for å få oppholdsrett på grunnlag av samboerskap.

Det gis imidlertid likevel rett til opphold, selv om tidskravet på to år ikke er oppfylt etter utl § 8(2). Bestemmelsen slår fast at oppholdstillatelse kan gis dersom utlendingen har ”*særlig tilknytning*” til riket. Etter uf. § 24(1)litra b) anses en utlending å ha *særlig tilknytning* til riket dersom vedkommende har eller venter barn med referansepersonen. Dersom det ikke hadde vært adgang til familiegjenforening i tilfeller hvor paret hadde eller ventet barn, ville dette mest sannsynlig vært i strid med det EØS- rettslige proporsjonalitetsprinsippet.

Videre oppstilles det som vilkår for familiegjenforening på grunnlag av samboerskap, at ingen av partene må være gift. Men selv om en av partene er gift kan det likevel gis rett til familiegjenforening etter utl. § 8(2) jf uf. § 24(1)litra b) dersom det foreligger *varige hindringer* som medfører at villkåret om at ingen av partene må være gift ikke kan oppfylles.

En varig hindring kan f. eks anses å foreligge dersom den ene part kommer fra et land hvor det er svært vanskelig, eller umulig å skille seg. Det finnes land som har forbud mot skilsmisse, for eksempel Malta, som er et katolsk land.

Art 3(2) litra b) oppstiller slår fast at samlivet må være *dokumentert*. Hva slags *dokumentasjon* statene kan kreve er uklart. Antagelig siktes det til dokumenter fra folkeregister (eller lignende) som slags bevis på at partene har et *samliv*. Medlemslandene kan kreve å få fremlagt dokumentasjon jf avsnitt 4.

Det faktum at Norge har bestemmelser som gir egne borgere rett til familiegjenforening med samboere, innebærer at unionsborgere har den samme rett, etter de samme regler. Men ettersom

³⁹ Det er det samme alderskrav for ekteskapsinngåelse jf avsnitt 3.2.

unionsborgeren og dennes samboer kan påberope seg rettsreglene innen EØS- virkeområde, vil disse få et ekstra vern. For i de tilfeller hvor medlemslandene gir samboere adgang til familiegjenforening, pålegger direktivet disse medlemsland å *lette samboernes innreise og opphold* jf art. 3(2). Altså vil unionsborgere og deres samboere, gjenforenes etter *en forhastet prosedyre*.

3.5 Oppholdstillatelse for barn

Innen for EØS-regelverkets virkeområde reguleres retten til oppholdstillatelse på grunnlag av familiegjenforening med barn⁴⁰ av art.3(1)jf art 2(2)litra c), og har følgende ordlyd;

”direkte etterkommere samt direkte etterkommere af ægtefællen eller partneren som defineret i litra b), som ikke er fyldt 21 år, eller som forsørges af unionsborgeren.”

Bestemmelsens ordlyd omfatter helt klart unionsborgrens egne barn, da de er å anses som direkte etterkommere av unionsborgeren. Men artikkelens ordlyd tilsier ikke at det foreligger en nedre grense, for etterkommere i den rett nedstigende linje som har rett til familiegjenforening. Dette innebærer at *alle* etterkommere i den rette nedstigende linje, har rett til oppholdstillatelse på grunnlag av familiegjenforening med hjemmel i litra c) Dette inkluderer barn, barnebarn, oldebarn osv.

Etterkommere til unionsborgerens ektefelle eller eventuelt registrerte partner, har den samme retten til oppholdstillatelse på grunnlag av familiegjenforening som etterkommerne til unionsborgeren. Det oppstilles ikke som vilkår at det er snakk om fellesbarn. Dette innebærer at også barn fra tidligere forhold, kan søke familiegjenforening etter art. 3(1) jf art. 2(2)litra c).

Bestemmelsen oppstiller heller ikke som vilkår at barnet må ha statsborgerskap i et medlemsland, som betyr at barn som er tredjelandsborgere kan få opphold i vertsstaten etter de samme bestemmelser. Det oppstilles heller ikke vilkår om at unionsborgeren fikk statsborgerskap i et medlemsland før barnet ble til.

⁴⁰ <http://eumovement.wordpress.com/2008/04/22/definition-of-family-member/>

Det kan imidlertid stilles spørsmål om retten til familiegjeningforening også gjelder sviger- barn? I den norske uoffisielle versjonen kommer det frem at *slektninger i den rett nedstigende linje har rett til opphold i vertsstaten*. Begrepet *slektninger* har et videre innhold enn begrepet *efterkommere* som benyttes i den danske versjonen av direktivet. I den engelske formelle versjonen brukes uttrykket *descendants*.

Etter ordlyden i den norske bestemmelsen omfattes også sviger- barn, da de etter alminnelig språkbruk er å regne som *slektninger* i den nedstigende linje. Begrepene *efterkommere*, og *descendants* har etter sin ordlyd et snevrere anvendelsesområde, enn det norske begrepet. Her er det mer tvilsomt om sviger- barn faller under begrepene ordlyd.

Ettersom direktivet har som formål å styrke retten til fri bevegelse, er det klart at desto flere familiemedlemmer unionsborgeren har rett til å gjenforenes med, desto lettere blir det for vedkommende å utøve sin rett til fri bevegelse. Dessuten vil det etter min oppfatning være meningsløst å gi unionsborgeren rett til å gjenforenes med sine barn, og (spesielt)barnebarn, hvis disse ikke kan ta med seg sin ektefelle, eller forelder. Resultatet blir eventuelt at denne familien må skilles. Dette vil ha en negativ virkning på retten til fri bevegelse. Med den begrunnelse vil jeg anta at sviger- barn også har rett til oppholdstillatelse på grunnlag av familiegjeningforening.

Videre fastslår art. 2(2) at dersom etterkommeren er over 21 år, oppstilles det som krav om at vedkommende må *forsørges* for å ha rett til familiegjeningforening.

Etter en vanlig språklig forståelse av begrepet *forsørgelse* innebærer dette at vedkommende blir tatt hand om økonomisk.

I følge EF-rettspraksis er det avgjørende om etterkommeren blir forsørget rent faktisk, i motsetning til rettslig.⁴¹ Domstolen har også fastslått at det er ikke nødvendig å fastslå hva som er årsaken til at vedkommende forsørges.

Den norske versjonen av direktivet bruker også begrepet *forsørgelse* Den engelske bruker derimot begrepet *dependent*, som etter sin ordlyd har et videre anvendelsesområde enn *forsørgelse*. Begrepet *dependent* sikter ikke nødvendigvis til den situasjon at etterkommeren tas hand om økonomisk. Vedkommende kan også f.eks. bli tatt vare på helse- omsorgsmessig.

⁴¹ C-316/85 premiss 24.

Etter regelverket utenfor EØS-virkeområdet oppstilles det også krav om *forsørgelse*. Men etter dette regelverket omtales dette som et krav om *underhold*. Dette kravet gjøres det nærmere rede for i avsnitt 3.8.

Etter regelverket utenfor EØS-virkeområde defineres barn som *person under 18 år, uten ektefelle eller samboer,*” jf. uf. § 23(2). Allerede her ser vi en forskjell fra direktivet, da barn under 21 år får automatisk rett til opphold. Utlendingsloven opererer dermed i utgangspunktet med en lavere aldersgrense,⁴² som innebærer at retten til gjenforening etter regelverket utenfor EØS-virkeområdet er snevrere. Direktivet oppstiller heller ikke som vilkår at barnet er ikke er gift eller har samboer, slik det gjøres etter reglene utenfor EØS-virkeområdet.

Både biologiske, og adoptivbarn har rett til opphold jf uf. § 23 litra c) og d)⁴³. Direktivet nevner ikke uttrykkelig adoptivbarn, men det anses som det rene at de også omfattes av EØS-regelverket, ettersom adoptivbarn vil være i den samme tilknytningsmessige posisjon som biologiske barn. Rett for familiejenforening til adoptivbarn vil være i harmoni med direktivets formål og begrunnelse da den søker å bevare familiens enhet

Retten til opphold for barn som kun har den ene av foreldrene i Norge er regulert av uf. § 23(1)litra e) jf § 22. Barnet for oppholdsrett i landet dersom èn av foreldrene bor i landet. Unntaket er dersom hensynet til *barnets beste* taler for motsatt resultat. Etter direktivet har barnet rett til automatisk opphold, uavhengig av hva myndighetene mener er barnets beste.

Etter regelverket innen EØS- virkeområde kreves det at den forelder bosatt i Norge, må ta del i forelderansvaret. Etter direktivet plikter foreldereren å forsørge sitt Dette kommer ikke uttrykkelig frem i direktivet, men det ligger implisitt at foreldereren har ansvar for barnet sitt. Ved delt foreldreansvar må samtykke ligge fra den annen av foreldrene. Retten til familiejenforening etter direktivet avhenger ikke av samtykke.

⁴² Alderskravet utvides imidlertid til 21 år for barn av borgere av land som har tiltrådt den Europeiske Sosiale pakt jf uf. § 23(1)litra f).

⁴³ Adopsjonsbarn kan få oppholdstillatelse dersom de er adoptert etter lov av 28.feb.1986 nr 8 (adopsjonsloven). Foreldrene må være bosatt i riket, og samtykke må blitt innhentet av Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet før barnet reiser inn til Norge.

Etter regelverket utenfor EØS-virkeområdet, i de tilfeller hvor herboende forelder har mer enn en ektefelle, er det kun adgang til å gi oppholdstillatelse til mer enn ett barn, dersom disse er helsøsken jf uf. § 23(1)litra e). Direktivet gir etter sin ordlyd ingen slik begrensning, det avgjørende er at det er unionsborgerens *etterkommere*. Hva som er løsningen etter direktivet er uklart. Ovenfor(avsnitt 3.2) ble det fastslått en nektelse av familiegjenforening for mer enn en ektefelle, måtte kunne begrunnes med at det ville stride mot den alminnelige rettsfølelse i EØS-området. Dette fordi polygami blir ansett som negativt, og de fleste Europeiske land vegrer seg å tillate slike former for samliv. Å nekte barn familiegjenforening med unionsborgeren kan begrunnes på samme måte. Men det er klart at det vil være mer alvorlig å ikke tillate et barn å gjenforenes med sin forelder, enn det er å nekte en person å ha mer enn en partner. Tross alt er det ikke like enkelt for barn å bytte foreldre, som det er for foreldre å bytte partnere.

Men jeg vil likevel falle på den løsning at en eventuell familiegjenforening *kan* nektes. Dette fordi faren for at det etableres polygamiske sekter i EØS-området øker. På den annen side er det åpenbart at personer som lever i et polygamisk forhold, kan skille seg *på papiret*. Da vil unionsborgeren uansett ha adgang til å gjenforenes med sine barn, ettersom disse barna således vil bli regnet som barn fra et *tidligere forhold*.

3.6 Oppholdstillatelse for foreldre

Hjemmelen for opphold på grunnlag av familiegjenforening for unionsborgrens foreldre⁴⁴(eventuelt foreldrene til unionsborgerens ektefelle/registrerte partner) er art.3(1) jf art 2(2)litra d) som har følgende ordlyd:

”slægtninge i opstigende linje samt slægtninge i opstigende linje til ægtefællen eller part-neren som defineret i litra b), som forsørges af unionsborgeren.”

Etter bestemmelsens ordlyd settes det ikke en øvre grense, for de slektninger som kan søke familiegjenforening. Dette innebærer at foreldre, besteforeldre, oldeforeldre osv. kan søke gjenforening etter denne bestemmelsen.

⁴⁴ <http://eumovement.wordpress.com/2008/04/22/definition-of-family-member/>

Etter regelverket utenfor EØS-virkeområde er det i utgangspunkt kun foreldre som kan søke opphold på grunnlag av familiegjennforening.⁴⁵ Dette følger av utl. § 8 (2) jf uf. § 24 litra c). Mor eller far får kun opphold i riket, dersom vedkommende ikke er gift eller har samboer. Dette er ikke en forutsetning etter regelverket innen EØS-virkeområdet. Etter uf. § 24 litra c) kreves det at mor eller far heller ikke har slektninger i rett oppstigende eller rett nedstigende linje, som heller ikke oppstilles etter direktivet. Regelverket utenfor EØS- **kan** gi opphold til begge foreldre samtidig i *særlige tilfeller*, det oppstilles da som vilkår at barnet har et *særlig ansvar* for vedkommende. Det oppstilles også som vilkår sikret bolig(jf avsnitt 3.9) og underhold (jf avsnitt.3.8.) skal være sikret.

Det oppstilles ikke krav om bolig etter EØS-regelverket, men direktivet oppstiller et krav om at slektningen i den oppstigende linje *forsørges*.⁴⁶ Som jeg har konstatert ovenfor innebærer dette etter en alminnelig språklig forståelse av begrepet, at vedkommende blir tatt hand om økonomisk. I den engelske versjonen derimot brukes betegnelsen "*dependent*," som ikke nødvendigvis betyr at vedkommende blir tatt hand om økonomisk. Dette kan også innebære at vedkommende blir tatt hånd om på annen måte, for eksempel en syk mor som får omsorg av sin datter.

Foreldre som verken *forsørges* eller på annen måte er *dependent*, må søke oppholdstillatelse på grunnlag av familiegjennforening etter art. 3(2)litra a) jf avsnitt 3.7.

3.7 Andre familiemedlemmer

Direktivets art.3(2)litra a) fastslår at medlemslandene skal lette innreise og opphold i samsvar med sin lovgivning, for alle andre familiemedlemmer,⁴⁷ uansett nasjonalitet som ikke er omfattet av art.2(2)hvis disse *i det land de ankommer fra*;

- i) er forsørget av unionsborgeren eller:

⁴⁵ For besteforeldre kan det eventuelt gis opphold etter uf § 24(2) dersom det foreligger "sterke menneskelige hensyn."

⁴⁶ Dette er det samme krav som oppstilles for barn over 21 år jf. art 2(2)litra c). Se avsnitt. 3.5.

⁴⁷ <http://eumovement.wordpress.com/2008/04/28/other-family-members-who-are-beneficiaries/>

- ii) bor, eller har nylig bodd i samme husstand som unionsborgeren selv om de ikke forsørgeres av unionsborgeren eller
- iii) Av alvorlige helsemessige grunner gjør det absolutt nødvendig at unionsborgeren pleier familiemedlemmet.

Eksempler som kan tenkes å falle under alternativene er søsken som unionsborgeren forsørger, eller søsken som av andre grunner er en del av husstanden.

At det gis oppholdstillatelse på grunnlag av familiegjenforening *i samsvar med sin lovgivning*, innebærer at det gis opphold i den grad det aktuelle medlemsland gir slik rett til egne borgere.

De mest aktuelle bestemmelsene etter regelverket utenfor EØS-virkeområde er det er det adgang til familiegjenforening med søsken jf utl. §8 jf uf. § 24(1)litra g), da søsken ikke har automatisk rett på familiegjenforening med unionsborger etter direktivet. Det er kun helsøsken som kan søke familiegjenforening etter regelverket utenfor EØS- virkeområdet. Det oppstilles som krav om at de ikke har mor eller far i et annet land, og at referansepersonen er egnet til å ha omsorgsansvaret. Av dette ser vi at det oppstilles strenge krav for familiegjenforening med søsken.

Et eksempel som kan falle under iii) er den selvforsørgende mor som plutselig blir alvorlig syk. Vilkårene for familiegjenforening for foreldre er beskrevet ovenfor jf avsnitt 3.6.

Det kan søkes om familiegjenforening med andre familiemedlemmer også, for eksempel. tanter, fettere mv. Søknaden må eventuelt vurderes etter utl.§8 (2)jf uf.§ 24(2). Det er selvfølgelig ikke gitt at man får innvilget dette. Dette må imidlertid foretas en grundig undersøkelse av de personlige forhold, og et eventuelt avslag må begrunnes. Jf art. 3(2)2.avsnitt. Dersom vedkommende oppfyller vilkårene etter regelverket utenfor EØS-virkeområdet, skal altså Norge treffe tiltak som *letter innreise og opphold* for vedkommende. (sml. avsnitt.3.4).

3.8 Kravet om sikret underhold m.v.

Direktivets art.3(1) sier at *enhver* unionsborger som flytter til eller tar opphold i et annet medlemsland kan nyte de rettigheter som avledes av direktivet.

Dette innebærer at det ikke nødvendig for unionsborgeren å ha et bestemt *formål* med flyttingen eller oppholdet.⁴⁸ Alle unionsborgere har rett til å oppholde seg på medlemsstatenes territorium.⁴⁹

Men *formålet* med oppholdet, kan ha betydning for om det oppstilles betingelser i forbindelse med oppholdet i vertsstatens territorium.

For unionsborgere som skal oppholde seg i vertslandet i inntil tre måneder, oppstilles det krav om at vedkommende og dennes familie ikke blir til *urimelig byrde* for vertsstatens sosiale system, jf art.14(1) jf art.6.

For unionsborgere som skal oppholde seg i vertsstaten i mer enn tre måneder, vil de betingelser som knyttes til deres opphold avhenge av om de skal drive med økonomisk aktivitet i vertsstaten. For unionsborgere som har til formål å delta i det økonomiske liv i vertslandet,⁵⁰ oppstilles det ingen betingelser ved deres opphold. Denne gruppen omfavner arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende. Disse faller inn under art. 7 litra a).

Unionsborgere som **ikke** har til formål å drive med økonomisk aktivitet i vertslandet, har kun rett på opphold dersom de råder over tilstrekkelige midler til seg selv, og familiemedlemmer slik at de ikke blir en byrde for vertsstatens sosiale system. I tillegg kreves det at de har en gyldig sykeforsikring som dekker all risiko i vertsstaten jf art.7(1)litra b). Denne bestemmelsen omfatter pensjonister, og andre som har tilstrekkelig med ressurser til å være selvforsørgende.

Studerende faller inn under art. 7 (1) litra c) Disse må også råde over tilstrekkelige midler til å ikke være en byrde for vertsstatens sosiale system, og ha gyldig helseforsikring som dekker all risiko i vertsstaten. I tillegg kreves det at de er innskrevet i en privat eller offentlig institusjon,

⁴⁸ KOM(2001) 257 endelig. s. 8

⁴⁹ KOM(2001) 257 endelig. s. 8.

⁵⁰ EU-karnov, fellesskapsretten pkt 4 om unionsborgerskap jf pkt 3.2 rett til indrejse og ophold.

som er godkjent eller offentlig finansiert, med hovedformål å følge et studium. Det siktes ikke kun til høyere utdanning, yrkesfaglige utdanning faller også under bestemmelsen.

Videre oppstilles det ikke som krav at unionsborgeren må være forsørgeren. EF-domstolen har slått fast at det må tas hensyn til tilfeller hvor unionsborgeren forsørges av andre, for eksempel samboer eller foreldre.⁵¹

Dersom unionsborgeren ikke har tilstrekkelige midler til underhold, har vedkommende ikke rett på opphold i vertsstaten, som medfører at vedkommende ikke kan søke familieforening i medhold av direktivet.

Det neste spørsmålet som er naturlig å spørre seg, er hva som menes med begrepene *byrde*, og *urimelig byrde*.

En naturlig språklig forståelse av begrepet *urimelig byrde*, tilsier at det er rom for at unionsborgeren og dennes familiemedlemmer er til en *viss byrde* for vertsstaten. Ordlyden peker i den retning, av at terskelen for bortfall av oppholdsrett er høy. De norske forarbeider legger til grunn at *det må vere tale om ein uvanleg bruk av offentlege velferdsordningar*.⁵²

Kravet om at unionsborgeren og dennes familiemedlemmer ikke skal være til *byrde*, tilsier etter dens ordlyd, at vedkommende må være fullstendig *selvforsørgende*.

EF-domstolen har imidlertid fastslått at unionsborgere og deres familiemedlemmer, kan likevel etter en tid bli til en *viss byrde* for vertsstaten, også i de tilfeller hvor de i utgangspunktet ikke skal være til *noen byrde* jf art.7 litra b) og c).

En meget sentral dom som omhandler dette spørsmålet er *Grzelczyk*.⁵³

Grzelczyk gjaldt en Fransk statsborger, som studerte i Belgia. Vedkommende finansierte selv sitt opphold i Belgia de tre første studieår ved å arbeide ved siden av studiene. Men da han kom til det siste studieår, som viste seg å være mer krevende enn de tidligere søkte han om stønad. Dette ble ikke innvilget, avslaget var alene begrunnet i Grzelczyk sin nasjonalitet; at han ikke var belgisk statsborger.

⁵¹ C-408/03, jf EU: Karnov. Art.7 litra b) note (22).

⁵² Ot.prp . nr. 72 (2007-2008) pkt. 7.4.1.

⁵³ C-184/99.

Domstolen bemerket i premiss 43 at den omstendighet av at en unionsborger søker bistand, aldri i seg selv kan være en grunn til å nekte unionsborgeren opphold.

Videre med støtte i det aktuelle direktivets⁵⁴ fortale fastslo domstolen at en student kunne bli en byrde for vertsstatens sosiale system, så lenge studenten ikke ble en *urimelig byrde*. Domsstolen viste til at situasjonen til en student kunne *endre seg etter en tid*, da en ikke alltid har kontroll over alle faktorer. Jf premiss 45.

Denne problemstillingen dukket også opp i *Bidar*.⁵⁵ Saken omhandler en Fransk statsborger, Dany Bidar som flyttet til England med sin mor, hvor han fullførte videregående skole. Da han skulle studere videre søkte han om statlig støtte, som ble innvilget delvis. Han fikk støtte til å dekke undervisningsgebyret til universitetet, men mottok ingen støtte for levekostnader, med den begrunnelse av at han ikke var etablert i England.

Domstolen kom frem til at Bidar hadde krav på støtte til levekostnader. En motsatt løsning ville stride mot diskrimineringsforbudet i EF-retten, jf premiss 48.

Som begrunnelse for sitt resultat viser domstolen tilbake til på sin praksis, bla. *Grzelczyk*-dommen, og uttaler i premiss 56 at medlemsstatene har plikt til å vise økonomisk solidaritet med statsborgere fra andre medlemsland, ved organiseringen av sitt sosiale system. Medlemslandene kan imidlertid sikre seg fra at leveomkostningene fra andre medlemsstaters borgere, blir til *urimelig byrde*.

Det moment som EF-retten legger vekt på i begge saker er at unionsborgerne har integrert seg i vertslandet, ettersom at de har oppholdt seg der over tid.

EF- rettens praksis kommer videre til uttrykk i direktivets fortale.(pkt (16), hvor det står at personer som ikke er til *urimelig byrde* for vertsstatens sosiale system, ikke bør utvises. De momenter som tas i betraktning av om unionsborgeren er til *urimelig byrde*, er om det er tale om midlertidige vanskeligheter, hvor lenge personene har oppholdt seg i vertsstaten, og hvor mye hjelp de har behov for.

⁵⁴ Rdir 93/96.

⁵⁵ C-209/03.

Utenfor EØS-virkeområde er det også som nevnt et krav om underhold, fowr å gjenforenes med sine familiemedlemmer. Hovedregelen er at søkers *underhold* må være sikret for den periode søknaden om opphold gjelder. Denne regelen kommer til uttrykk i utl. § 9(1) 2 pkt, og presiseres videre i uf. §§ 19 og 25. Etter uf. §§ 25(2) jf 19 kommer det frem underholdskravet kan oppfylles av flere type inntekter, disse må *dokumenteres*⁵⁶:

De inntektstypene som fremkommer av uf. § 19(1) litra a-d) er;

- *Arbeidsinntekt*⁵⁷: Dokumentasjonen kan være arbeidskontrakt, lønnslipper for de siste 3 mnd, eller en bekreftelse fra arbeidsgiver.

- *egne midler*: Dette kan være innskudd i bank, eller formuesgoder. Eks leilighet som man leier ut. Dokumentasjon kan være utskrift fra konto

- *Pensjon/ Trygdeytelser*⁵⁸; for eksempel uførepensjon. Dokumentasjon kan være en attest fra trygdekontoret.

- *studielån/stipend*: Dokumentasjon kan være brev fra lånekassen om at lån/stipend er innvilget.

Inntekten må være av *tilstrekkelig omfang*. Hva som er å anses som tilstrekkelig omfang avgjøres av myndighetene, ved at de setter et bestemt beløp som et minimum. Fra 21. Juli 2008 er dette kravet på 215.200 KR.⁵⁹ Ved gjenforening med ektefelle og samboer er det vedkommende som bor i riket som må oppfylle kravet. Kravet om underhold kan oppfylles ved en kombinasjon av ovennevnte inntektstyper jf uf 19(2). Sosiale ytelser kan ikke regnes å oppfylle underholdskravet jf uf. § 19(6).

Etter regelverket innenfor EØS-virkeområdet er det ikke adgang å fastsette en bestemt sum som en generell definisjon⁶⁰ på hva som skal regnes som *tilstrekkelige midler*. Jf art. 8(4). Det kreves istedenfor en konkret vurdering av unionsborgerens personlige situasjon. Summen skal under

⁵⁶ Khan (2008) s. 27.

⁵⁷ Fremtidig inntekt kan tas med i vurderingen jf uf. § 19(3)2pkt.

⁵⁸ Dette er ytelser etter lov av 28.02.1997 nr.19 (folketrydloven.)

⁵⁹ <http://udi.no/templates/Page.aspx?id=9438>

⁶⁰ Ot.prp. nr 72.(2007-2008) pkt. 7.5.6.

enhver omstendighet ikke overstige det nivå som gir rett til sosialhjelp for vertsstatens egne borgere. Eventuelt kan summen ikke overstige den minstepensjon som utbetales i vertsstaten. Som nevnt ovenfor, er det uten betydning om unionsborgeren selv klarer å forsørge seg. Ytelser som vedkommende får fra andre (f.eks. familiemedlemmer) tas med i vurderingen av om vedkommende råder over *tilstrekkelige midler*. Videre kan ikke myndighetene kreve *dokumentasjon* på at unionsborgeren har tilstrekkelige midler. (jf. avsnitt 4.) En erklæring om dette er tilstrekkelig. Etter regelverket utenfor EØS-virkeområde så vi at borgeren måtte *dokumentere* at underholdskravet var oppfylt.

Etter regelverket utenfor EØS-virkeområdet er det videre gjort en rekke unntak fra kravet om underhold. Disse unntakene kommer frem av uf. § 25 tredje til femte ledd.

Det stilles likevel ikke krav om sikret underhold dersom den som søker familiegjenforening er;

- Ektefelle/samboer/barn av til en person som har fått innvilget opphold på grunnlag av asyl. Et eventuelt ekteskap må ha vært inngått før referansepersonen reiste inn til riket.
- ektefelle/samboer/barn av en nordisk borger. Vedkommende må ha bodd i Norge i løpet av de tre siste årene. Ekteskapet/samboerskapet må ha bestått i tre år.
- ektefelle/Samboer/barn av utlendinger som har bosettingstillatelse. Ekteskap/partnerskap må ha bestått i mer enn 3 år.
- Foreldre/søsken under 18 til et mindreårig barn som er overføringsflyktning, eller har fått innvilget asyl.
- Foreldre som utøver samværsrett med et norsk barn som er bosatt i Norge sammen med den andre av foreldrene.

Det er også mulig å gjøre unntak fra underholdskravet i tilfeller hvor:

- Den som søker familiegjenforening er ektefelle/samboer til en norsk borger, og begge parter er over 23 år.
- Søkeren er barn til norsk borger.
- Det foreligger særlige menneskelige hensyn.

3.9 Krav om sikret bolig

Etter regelverket utenfor EØS-virkeområde, oppstilles det krav om sikret bolig for visse personer.

For de som søker etter familiegjennforening etter utl. § 9 som *de nærmeste familiemedlemmer* jf. §§ 22 og 23 stilles det ikke krav om sikret bolig.

Men dersom det foreligger familiegjennforening etter utl. § 8(2) jf. uf. § 24, altså såkalte "*andre familiemedlemmer*"⁶¹ oppstilles det krav om sikret bolig. At en bolig må være *sikret* betyr at personen som bor i Norge må ha en bolig til disposisjon, slik at familien har husly. Dette betyr ikke at vedkommende må eie egen bolig, det er tilstrekkelig å leie en bolig.

De som faller under denne kategori er søker som *skal inngå ekteskap* med referansepersonen etter innreisen, samboere som venter barn med referansepersonen, foreldre, barn mellom 18 og 21 år, barn over 18 som blir igjen når resten av familien får opphold i riket, eller som av medisinske grunner er *helt avhengig* personlig omsorg fra foreldre i Norge, fosterbarn, og helsøsken uten mor og far.

Etter regelverket utenfor EØS-virkeområdet oppstilles det ikke krav om sikret bolig i det hele tatt.

3.10 Krav til forholdets realitet

Direktivets art 35. fastslår at medlemsstatene kan treffe "*nødvendige foranstaltninger*," nekte, oppheve eller tilbakekalle rettigheter som tilkommes i medhold av direktivet, dersom det er tale om "*misbruk av rettigheter eller svig*," som eksempel nevnes "*proformaekteskap*."

Dette betyr at myndighetene i EØS-landene kan nekte familiegjennforening, i de tilfeller hvor det er tale om såkalt "*proformaekteskap*".

⁶¹ <http://www.udi.no/templates/Tema.aspx?id=7273> .

Direktivet gir ingen nærmere definisjonen av hva et *proformaekteskap* er. Det er ingenting i art 35. som gir gjør rede for innholdet av begrepet.

Det finnes heller ikke rettspraksis hvor spørsmålet har kommet opp som innebærer at EF-domstolen heller ikke har tatt stilling temaet. Av denne grunn har vi ikke noen veiledende praksis på dette området.

Rådet for den europeiske union har imidlertid kommet med en resolusjon⁶² som tar sikte på å bekjempe ”proformaekteskap.”⁶³

I resolusjonen defineres proforma ekteskap som ekteskap mellom en statsborger i et medlemsland eller en tredjelandsborger som har lovlig opphold i et medlemsland og en statsborger i et tredjeland, *utelukkende med det formål å omgå reglene om tredjelandsborgerens adgang for indreise og opphold og at skaffe tredjelandsborgeren en oppholdstillatelse .”*

I den engelske versjonen står det “ **sole aim** of circumventing the rules on entry and residence of third-country nationals and obtaining for the third-country national a residence permit or authority to reside in a Member State.”

I direktivets fortale står det i pkt. (28) For at hindre misbrug og svig, især proformaægteskaber og andre former for forhold, der **indgås udelukkende for at kunne udøve retten til fri** bevægelighed og til ophold, bør medlemsstaterne have mulighed for at vedtage de nødvendige foranstaltninger.

Dersom vi ser resolusjonen og direktivets fortale i sammenheng, ser vi at vurderingstemaet innenfor EØS-regelverket mht. hvorvidt et ekteskap anses proforma, er om *ekteskapet er inngått utelukkende med det formål å oppnå oppholdstillatelse.*

⁶² 97/C 382/01.

⁶³ Hva slags rettskildemessig betydning en slik resolusjon har er vanskelig å si. Jeg har ikke klart å finne noen dommer hvor en slik resolusjon benyttes. Men rådet for den Europeiske union legger retningslinjene som skal følges i EU. Rådet og det Europeiske parlament utgjør til sammen den lovgivende myndighet. Av denne grunn er det klart at deres resolusjoner vil være rettskildemessig relevante. Det som er uklart er hvilken vekt slike resolusjoner tillegges.

Ut av formuleringen kan vi konstatere at terskelen for å anse et ekteskap som proforma er meget høy. Dette vil i sin tur innebære at det er vanskelig å bevise at et ekteskap er proforma.

Videre er vurderingstemaet skjønnsmessig.

Det europeiske råd ramser opp en rekke faktorer som kan gi grunnlag for å mistenke at et ekteskap er proforma i resolusjonen. Disse faktorene (eller skjønnsmomenter) som det pekes på i resolusjonen er;

- Om ektefellene bor sammen.
- Om ektefellene har truffet hverandre før ekteskapsinngåelse.
- Om ektefellene kjenner personlig informasjon om hverandre; eks nasjonalitet, navn mv.
- Hvordan partene har blitt kjent med hverandre.
- Om det har blitt betalt et pengebeløp ved ekteskapsinngåelse. Medgiftstradisjoner sees det bortifra.
- Om partenes bakgrunn gir antydning på at ekteskapet kan være proforma, for eksempel at en av - partene tidligere har vært gift og skilt seg rett etter oppnådd opphold.
- Utsagn fra andre personer
- Andre opplysninger, innhentet skriftlig eller ved undersøkelse.

Disse skjønnsmomentene ramses opp både i de norske forarbeider, og etter rundskrivet.

Dersom ekteskapet anses som proforma kan medlemslandene nekte å utstede oppholdstillatelse. Men det må være adgang å få prøvet dette vedtaket for domstolene jf art. 35 jf art. 30 og 31.

Videre gjelder det en proporsjonalitetsbegrensing. Hva denne går ut på i forhold til proforma ekteskap er uklart. Antagelig så innebærer dette at man i tvilstilfeller skal anse ekteskapet reelt.

Det er uansett viktig å merke at vurderingstemaet etter EØS-retten er svært skjønnspreget. Dette betyr at EØS-landene kan ende opp med ulik praksis på hvor grensen går mellom et vanlig ekteskap, og proforma ekteskap, avhengig av myndighetenes syn på innvandring.

Dette kan i sin tur resultere i forskjellbehandling av unionsborgerne i de ulike medlemsland.

Også etter regelverket utenfor EØS-virkeområdet det adgang til å nekte familiegjengenforening ved tilfeller av proforma. Ved dette regelverket anses hjemmelen for å avslå familiegjengenforening ved tilfeller av proforma å være ”sedvanerettslige proformabetraktninger”.⁶⁴

I Ot.prp. nr 46(1986-87) uttales det på s. 61 at ”det er muligheten for å utøve et familieliv og beskyttelsen av retten til dette som er årsaken til at ekteskap med en som er bosatt i landet gir grunnlag for oppholdstillatelse, det er ikke slik at en trekker en automatisk slutning fra den formelle rettstilstand på ett område over til et annet. Et gyldig inngått ekteskap vil derfor ikke gi grunnlag for oppholdstillatelse hvis det ikke er noen realitet i det.”

I forarbeidene står det imidlertid at ***det ikke er tilstrekkelig at hovedformålet med*** ekteskapsinngåelsen har vært oppnåelse av oppholdstillatelse, ”dersom ekteskapet samtidig har en realitet”.⁶⁵ Det avgjørende vil være at partene ikke har noen tilknytning til hverandre i ekteskapsmessig sammenheng.⁶⁶

Ut fra det ovenstående kan man som utgangspunkt slå fast at etter gjeldende rett er vurderingstemaet; *om ekteskapet er inngått utelukkende for å oppnå oppholdstillatelse.*

Så langt ser vi at vurderingstemaet etter regelverket innenfor og utenfor EØS-virkeområdet samsvarer, ettersom vi så at vurderingstemaet etter reglene innenfor EØS-virkeområdet også var om *formålet med ekteskapsinngåelse er utelukkende å oppnå oppholdstillatelse.*

Kravet om at ekteskapet skal være *reelt* er nå lovfestet i den nye lovens § 40(4), og har følgende ordlyd;

”Oppholdstillatelse kan nektes dersom det fremstår som mest sannsynlig at det hovedsakelige formålet med inngåelsen av ekteskapet har vært å etablere et grunnlag for opphold i riket for søkeren.”

⁶⁴ NOU:2004:20. Pkt 8.5.4.2.

⁶⁵ NOU:2004:20. Pkt 8.5.4.2.

⁶⁶ NOU:2004:20. Pkt 8.5.4.2.

Dette har allerede blitt fulgt av utlendingsmyndighetene, da det står i instruksen til UDI⁶⁷ at et proformaekteskap er proforma ”dersom ekteskapet i all hovudsak er inngått for å oppnå arbeids- eller oppholdsløyve.”

Vurderingstemaet etter den nye loven, og gjeldende forvaltningspraksis er om det ”hovedsakelige formålet med inngåelsen av ekteskapet har vært å etablere et grunnlag for opphold i riket”.

Det er ikke mye rettspraksis på dette området. Det finnes imidlertid en Høyesterettsdom⁶⁸ som omhandler denne problemstillingen.

Saken gjelder realiteten av et ekteskap mellom en utlending(pakistaner) og en norsk kvinne.

Søknad om oppholdstillatelse på grunnlag av familieegjenforening avslått. Vedtaket ble tatt inn for retten. Flertallet på tre dommere, kom frem til at det ikke forelå tilstrekkelig grunnlag i saken for å fastslå at ekteskapet var proforma.

Ved spørsmålet om beviskrav uttaler førstvoterende i premiss 32 at han ikke kan ”se at det i lovforarbeidene er forutsatt at det må stilles krav til en kvalifisert overvekt av sannsynlighet før et ekteskap ikke kan sies å være reelt i lovens forstand.”

Etter min oppfatning stemmer ikke dette helt. Som nevnt fremkommer det av forarbeidene at det ikke er tilstrekkelig at hovedformålet med ekteskapsinngåelsen har vært oppnåelse av oppholdstillatelse, ”dersom ekteskapet samtidig har en realitet”.⁶⁹

Denne uttalelsen tilsier en meget streng bevisvurdering. Om det ikke stilles krav til ”kvalifisert bevisovervekt” så i alle fall mer enn det alminnelige beviskrav som går ut på at det må foreligge sannsynlighetsovervekt.(overvektsprinsippet.)

En dissenterende dommer argumenterer for at det kreves mer en alminnelig overvekt jf dommens premiss 52. Dette begrunnes imidlertid fra et mer menneskerettsperspektiv, da dommeren uttaler at en eventuelt uriktig dom i ektefellenes disfavør kan være en ”krenkelse av ektefellenes følelsesmessige tilknytning til hverandre”.

⁶⁷ AI-2006-008.

⁶⁸ Rt-2006-1657.

⁶⁹ NOU:2004:20. Pkt 8.5.4.2.

I premiss 33 fortsetter dommeren med å uttale ” spørsmålet om hvilke bevisregler som skal gjelde, derimot er behandlet i NOU 2004:20,[] Kravet til bevis fremgår direkte av den lovbestemmelse som foreslås for disse tilfellene, hvor tillatelse kan nektes « dersom det fremstår som sannsynlig at det hovedsakelige formålet med inngåelsen av ekteskapet har vært å etablere et grunnlag for opphold i riket for søkeren ».”

Her ser vi altså at Høyesterett ved bruk av forarbeider til den nye loven (etterarbeider til den gjeldende lov) utvikler (skaper) retten. Domstolen går i fra det tidligere vurderingstemaet om at ekteskapet *må inngås utelukkende for å oppnå oppholdstillatelse*.

Gjeldende rett etter dommen, og UDI’s praksis samsvarer med den bestemmelsen i den nye utlendingsloven. Vurderingstemaet er nå om det *hovedsakelige formål er å oppnå oppholdstillatelse* som innebærer en utvidelse av den tidligere bestemmelse.

Det positive ved dette, er at det blir lettere å bevise om et ekteskap er proforma, da det skal mindre til for å klassifisere et ekteskap som ikke-reelt.

Det nye vurderingstemaet etter regelverket utenfor EØS-virkeområdet er ikke lenger i samsvar med regelverket innenfor EØS-virkeområdet. Det skal mer til for å anse et ekteskap som proforma etter regelverket innenfor EØS-virkeområdet.

Dette innebærer at borgere som søker familieegjenforening etter regelverket utenfor EØS-virkeområdet blir bedømt etter en strengere norm, enn unionsborgere(der i blant norske borgere som vender hjem igjen etter bruk av den frie bevegelse). Dersom norske myndigheter bedømmer et ekteskap til personer som omfattes av regelverket innenfor EØS-virkeområde, kan dette tenkes å stride mot det EØS-rettslige proporsjonalitetsprinsippet. Dette prinsippet kommer direkte til uttrykk i art. 35. hvor det fremkommer i den engelske utgaven at *any such measure shall be **proportionate***. I den danske versjonen av direktivet står det at *foranstaltninger skal stå i rimelig forhold til misbruget*.

Vurderingstemaet etter begge regelverk beror på skjønn. De vurderingsmomenter som anvendes i norsk rett, er ganske like de som fremkommer av resolusjonen. (se ovenfor). Både rettspraksis⁷⁰ og instruksen til UDI anvender samme faktorer ved bedømmelsen av om et ekteskap er proforma eller reelt. Vurderingsmomentene er således like, det er vurderingstemaet som er annerledes.

3.11 Krav om lovlig opphold

For å søke oppholdstillatelse på grunnlag av familiegjening med ektefelle i Norge, oppstiller regelverket utenfor EØS-virkeområde vilkår om at vedkommende utlending har hatt *lovlig opphold* i riket, ved ekteskapsinngåelse jf. lov av 04.07.1991. nr 47 (heretter ekteskapsloven) § 5 litra a)

Hensynet bak dette vilkåret er å hindre at utlendinger som har tatt seg inn i landet på ulovlig vis, og som fremdeles befinner seg ulovlig i landet skal ha mulighet til å danne grunnlag for oppholdstillatelse via ekteskap, mens de fremdeles befinner seg her ulovlig.⁷¹

Problemet med denne form for innvandring har vært økende i den senere tid.

Dette gjelder flere grupper utlendinger; turister som blir her lenger enn det de har lov til, personer som har oppholdstillatelse, men som blir her etter at tillatelsen har utgått, asylsøkere med endelig avslag, og arbeidere som arbeider svart.⁷²

I forarbeidene⁷³ til ekteskapsloven fremheves det at det ville være *inkonsekvent og krenkende* på norsk lovgivning å på den ene siden fastslå at en person ikke har rett til å være i riket, men på den andre side tillate vedkommende å inngå ekteskap, og andre samfunnsgoder.

I forhold til ekteskapsinngåelser påpekes det at problemet i første omgang gjelder ekteskapsinngåelser med siktemål for utlendingen å oppnå oppholdstillatelse i landet. Altså

⁷⁰ Rt-2006-1657

⁷¹ NOU:2004:20.pkt. 8.2.6.

⁷² Ot.prp.nr.44 (1993-1994) s. 4.

⁷³ Ot.prp.nr.44 (1993-1994) s. 4.

tilfeller hvor ekteskapsinstituttet brukes som middel for å omgå utlendingsloven.

(proformaekteskap) jf avsnitt 3.10.

Hva som skal anses som *lovlig opphold* fremgår av forarbeidene til ekteskapsloven.⁷⁴ UDI har også gitt et rundskriv hvor det gjøres rede for begrepet, rundskriv RS 2008-006

Av disse kildene fremgår det at alle borgere som kan betegnes som *ikke-visumpliktige*, oppholder seg som utgangspunkt lovlig i riket. For eksempel EØS-borgere. Disse vil alltid oppholde seg lovlig i Norge. Borgere som er visumpliktige, oppholder seg lovlig så lenge visumet deres er gyldig. Asylsøkere antas å ha lovlig opphold i riket, til vedkommende får avslag på søknad fra UDI.⁷⁵ Dersom vedtaket påklages og vedkommende har fått tillatelse til å bli i riket mens anken behandles, anses vedkommende for *lovlig* til et eventuelt avslag foreligger fra klageinstansen. Dette gjelder også dersom det er reist søksmål for domstolene. Konsekvensene av dette er at en utlending kan gifte seg her i landet mens en søknad/klage/domstolbehandling er under gang.⁷⁶

Har man først fått negativt svar fra den aktuelle instans, er oppholdet *ulovlig*. Myndighetene krever gyldig prøvingsattest (attest som bekrefter at vilkårene etter ekteskapsloven for ekteskapsinngåelse er oppfylt) fra folkeregisteret jf ekteskapsloven § 10. Ellers kan ekteskapet være ugyldig. Jf ekteskapsloven el. § 16. Ekteskap kan likevel tenkes inngått selv om prøvingsattest ikke foreligger. Disse ekteskapene anses som gyldige. Vilåret om gyldig oppholdstillatelse skal sjekkes av myndighetene.

Det er uklart hva slags rettsvirkninger et slikt ekteskap eventuelt vil ha. Vedkommende kan søke om familieegjenforening, men kan bli utvist/få søknad avslått, under den henvisning av at vilåret om lovlig opphold ikke er oppfylt jf utl. §§ 9 jf 8(1)3, da dette vil være en *omstendighet som vil gi grunn til å nekte utlendingen opphold i riket*.

Etter regelverket innenfor EØS-virkeområdet, ble det tidligere også oppstilt vilkår om lovlig opphold i et EØS-land, for å få rett på oppholdstillatelse på grunnlag av familieegjenforening med unionsborger. Dette vilåret ble oppstilt av EF-retten i *Akrich*.⁷⁷ Saken gjaldt en marrokansk

⁷⁴ Ot.prp.nr.44 (1993-1994) s. 7.

⁷⁵ Ot.prp.nr.44 (1993-1994) s 17.

⁷⁶ Ot.prp.nr.44 (1993-1994) s 17.

⁷⁷ C-109/01.

statsborger(Akrich) som oppholdt seg ulovlig i Storbritannia. Under oppholdet giftet han seg med en britisk statsborger. Akrich ble utvist av Storbritannia med den begrunnelse av at han oppholdt seg ulovlig i Storbritannia. Ektefellen hans hadde imidlertid fått arbeid i Irland, slik at han bad om å bli sendt dit. Etter å ha oppholdt seg i Irland, ønsket paret å vende tilbake til Storbritannia. De søkte oppholdstillatelse i Storbritannia under henvisning til *Singh-saken*(jf avsnitt 3.2.3), som vi har sett fastslår at det skal gis adgang til familiegjenforening etter regelverket innen EØS-virkeområdet ved tilbakevending til unionsborgerens hjemland.

Domstolen slo imidlertid fast at ekteparet Akrich ikke var omfattet av fellesskapsreglene. I premiss 50 uttaler retten at ”for at blive omfattet af de rettigheder, der er fastsat i artikel 10 i forordning nr. 1612/68, må en tredjelandsstatsborger, der er gift med en unionsborger, i en sag som den i hovedsagen omhandlede derfor **opholde sig lovligt** i en medlemsstat på det tidspunkt, hvor han tager til den medlemsstat, som unionsborgeren flytter eller er flyttet til.”

Denne rettsstilstanden har imidlertid domstolen gått ifra i den såkalte *Metock- saken*.⁷⁸

Saken gjelder fire tredjelandsborgere som søkte asyl i Irland. Søknaden ble avslått av irske myndigheter. Imellom tiden giftet alle fire seg med en unionsborger (to britiske statsborgere, en polsk statsborger, og en tysk statsborger) og søkte om oppholdstillatelse på grunnlag av familiegjenforening med unionsborger i Irland. Det var ikke bestridt at ekteskapene var reelle. Søknad om familiegjenforening ble avslått. Grunnlaget for dette er at det etter irsk lovgivning så måtte en tredjelandsborger først hatt lovlig opphold i et annet EØS- land for å nyte rettighetene etter fellesskapsreglene. Dette vilkåret var tatt inn i irsk lovgivning som følge av *Akrich-saken*. Norske myndigheter har også til nå innfortolket et tilsvarende krav i det norske regelverket.⁷⁹

Spørsmålet som domstolen tok stilling til er således om irsk lovgivning er i strid med EU- rettens regler om fri bevegelse av personer.

I dommens premiss 58 sier domstolen at konklusjonen til domstolen foretatt i *Akrich* måtte tas til *fornyet overveielse*. Domstolen slår således fast at adgangen til familiegjenforening ikke er avhengig av om ektefellen til unionsborgeren skal ha hatt en forutgående lovlig opphold i et

⁷⁸ http://www.nyidanmark.dk/NR/rdonlyres/D89082C6-3AB7-4551-BCF6-45419400DCEF/0/juridisk_notat_om_metock_2008.pdf

⁷⁹ Ot.prp.nr.72 (2007-2008) s.43.

medlemsland for å søke familiegjeforening etter regelverket i innenfor EØS-virkeområdet, jf premiss 70.

Metock, i motsetning til *Akrick*, ble avsagt på grunnlag av det aktuelle oppdirektivet(2004/38). Som begrunnelse for å fravike den rettssetning som ble avsagt i *Akrich* brukte retten 2004-direktivets forale da det står i den at direktivet har som formål å ”*styrke unionsborgernes ret til fri bevegelse og opphold*,” jf premiss 59. Pkt.(3). Unionsborgen kan således ikke pålegges færre rettigheter enn de som følger av direktivet. Det er ikke oppstilt noe betingelse om lovlig opphold i et medlemsland for familiegjeforening, og et slikt vilkår kan således heller ikke innfortolkes i direktivet.

EF-domstolen fastslår i dommen at reglene om den frie bevegelse kommer til anvendelse uansett hvor og når ekteskapet er inngått. I premiss 87 uttales det at ingen av direktivets bestemmelser forutsetter at unionsborgeren skal ha stiftet familie *før* vedkommende reiser til vertsstaten, for å ha adgang til familiegjeforening. Derimot har fellesskapslovgiver, ved å fastsette bestemmelser som gir adgang til familiegjeforening med unionsborger i vertsstaten, ved dette ” *accepteret muligheden for, at unionsborgeren først stifter familie, efter at vedkommende har udøvet sin ret til fri bevegelse.*” jf premiss 88.

Domstolen uttaler at denne fortolkning av direktivet er i samsvar med direktivets formål, da den sikter å lette utøvelsen av retten til opphold i vertsstaten. For hadde det ikke vært mulig å gjenforenes med familiemedlemmer som er tredjelandsborger i vertsstaten territorium, så ville dette kunne resultere i at unionsborgeren måtte forlate vertsstaten for å kunne leve et normalt familieliv, Jf premiss 89.

Videre uttaler domstolen at det er uten betydning om tredjelandsborgeren er innreist i vertsstaten før eller etter unionsborgeren, eller før eller etter at tredjelandsborgeren ble unionsborgerens familiemedlem. Jf premiss 93. Fra det øyeblikk tredjelandsborgeren er å anses som familiemedlem til unionsborgeren, kan denne rett kun begrenses ved art 27(beskyttelse av den offentlige orden og sikkerhet) eller art 35(misbruk av rettigheter.)

Altså kan en tredjelandsborger søke familiegjeforening med en unionsborger etter direktivet, ***uansett hvor og*** når ekteskapet ble inngått, og ***uavhengig av hvordan*** tredjelandsborgeren reiste inn i vertsstaten. Jf premiss 99.

Metock er etter det ovennevnte til hinder for at det oppstilles vilkår om at en tredjelandsborger har hatt lovlig opphold i en medlemsstat for familiegjeningforening. Dette innebærer at norske myndigheter ikke kan innfortolke et krav om *forutgående lovlig opphold* i et EØS-land for å innvilge oppholdstillatelse på grunnlag av familiegjeningforening med unionsborger.

Men dommen går lenger enn dette. Ettersom det uttrykkelig blir sagt at retten til familiegjeningforening kun kan begrenses ved art 27 og art 35, innebærer dette at *alle vilkår* som medlemsstatene oppstiller ved familiegjeningforening bortfaller ved gjeningforening etter regelverket innen EØS-virkeområdet, med bortsett fra de vilkår regelverket *selv* oppstiller.

Fordi *Metock* hindrer statene å sette vilkår for oppholdstillatelse på grunnlag av familiegjeningforening som ikke følger av EØS-regelverket, har dommen skapt reaksjoner, og da særlig i land som praktiserer en streng innvandringspolitikk, som for eksempel Danmark. Av denne grunn har Danmark og andre medlemsland har protestert på denne dommen, men til tross for dette har det nylig falt en kjennelse som stadfester *Metock*. Denne saken omtales som *Sahin*,⁸⁰ og handler om en tyrkisk statsborger (Deniz Sahin) som søkte asyl i Østerrike. Han giftet seg med en tysk statsborger, som bodde og arbeidet i Østerrike. Det ble søkt om oppholdstillatelse på grunnlag av familiegjeningforening, men vedkommende fikk avslag på sin søknad. I denne kjennelsen henviser retten til *Metock*. I premiss 22 uttaler domstolen at i henhold til prosessreglementets art.104(3) kan domstolen ved foreleggelse av et identisk spørsmål som *enten har blitt avgjort eller klart* kan utledes av rettspraksis treffe kjennelse under henvisning til den tidligere avsagte dom, eller vise til gjeldende praksis. At domstolen velger å avsi en kjennelse istedenfor en dom, sier i seg selv at intet nytt blir tilført ved avgjørelsen. I *Sahin* viser domstolen kort og godt til *Metock*.

⁸⁰ C-551/07.

4 Administrative vilkår

Vertsstaten kan kreve at unionsborgeren registrerer seg hos de relevante myndigheter ved opphold som overstiger tre måneder jf art. 8(1). Etter art.8(2) fastslås det at medlemsstatene ikke kan sette en frist for registrering som er mindre enn tre måneder regnet fra ankomstdatoen.

Medlemsstatene kan imidlertid kreve *dokumentasjon* av unionsborgeren før utstedelse av oppholdstillatelse. Hva slags dokumentasjon som kan kreves av unionsborgeren fremkommer av art.8(3). Dette er gyldig *identitetskort* eller *pass*. Det kan videre kreves bekreftelse fra arbeidsgiver for ansettelse for arbeidstakere, bevis fra selvstendige næringsdrivende for at de driver næringsvirksomhet,⁸¹ og andre unionsborgere må **erklære** at de råder over tilstrekkelige midler til å klare seg selv, og at de har helseforsikring (jf avsnitt 3.8) Disse unionsborgere må altså ikke *dokumentere*, at de råder over *tilstrekkelige midler* til å forsørge seg selv. Studenter må i tillegg fremlegge dokumentasjon på at de er inntatt ved en utdanningsinstitusjon.

Hva slags dokumentasjon unionsborgerens familiemedlemmer må fremlegge for å få oppholdstillatelse fremkommer av direktivets art 8(5)og 10(2). Disse bestemmelsene fastslår at de familiemedlemmer som er unionsborgere må være i besittelse av gyldig *identitetskort* eller *pass*, mens familiemedlemmer som er tredjelandsborgere må være i besittelse av *gyldig pass*. jf. art. 8(5)litra jf og10(2)litra a) Den øvrige dokumentasjon som må fremlegges av unionsborgerens familiemedlemmer, er den samme for familiemedlemmer som er selv er unionsborgere, og familiemedlemmer som er tredjelandsborgere.

De må videre kunne dokumentere sin *tilknytning* til unionsborgeren jf art.8.(5)litra b) jf art.10(2)litra b) Unionsborgerens samlivspartner kan gjøre dette ved å fremlegge ekteskapsattest, eventuelt partnerskapsattest. Foreldre og barn som omfattes av art. 2(2)litra c)og d) må fremlegge dokumentasjon på at de oppfyller vilkårene i bestemmelsene. Dette kan gjøres ved fremleggelse av fødselsattester eller lignende jf art 8(5)litra d) jf art.10(2)litra d). Øvrige familiemedlemmer som omfattes av art.3(2), må fremlegge dokumentasjon som bekrefter at de forsørges eller at det foreligger alvorlige helsemessige grunner, som medfører at det er absolutt nødvendig at unionsborgeren pleier familiemedlemmet jf art. 8(5)litra e) jf art.10(2)litra e). Dette

⁸¹ Dette kan være bevis på at de har registrert firma på Brønnøysund.

kan f.eks. være legeattester. Samboere må fremlegge dokumentasjon på at det består en varig tilknytning til unionsborgeren. Dette kan være en bostedsattest fra et folkeregister, som bekrefter at partene har bodd sammen. Har partene barn sammen, vil dette antagelig være tilstrekkelig for å påvise at partene er *tilknyttet hverandre*.

At det kreves *gyldig identitetskort eller pass* innebærer at dokumentene skal være *ekte*. Dette innebærer at dokumentene må være produsert av riktig myndighet. Dette i motsetning til illegale dokumenter. Hensikten bak vilkåret er at medlemsstatene må kunne ha pålitelig dokumentasjon som kan bekrefte vedkommendes identitet. At identitetsdokumentene har *gått ut på dato* medfører ikke at et medlemsland kan nekte utstedelse av oppholdstillatelse til tredjelandsborgere.⁸² Det avgjørende er at vedkommende kan bevise sin *identitet* for å bekrefte at han eller hun er omfattet av EØS-reglene om fri bevegelse.

Denne listen over dokumenter som medlemslandenes myndigheter kan kreve fremlagt er *uttømmende* jf *Metock* premiss 53.⁸³

Dette innebærer at dersom medlemsstatene krever annen dokumentasjon enn det som fremkommer av bestemmelsene ovenfor, vil dette være i strid mot EØS-regelverket.

Denne bestemmelsen kan tenkes å komme i strid med EF-rettens praksis. Som tidligere nevnt har EF- retten fastslått at en unionsborger som har benyttet retten til fri bevegelse kan vende tilbake jf *Singh*. Det kan tenkes at medlemsstater krever *dokumentasjon*⁸⁴ på at vedkommende unionsborger *faktisk* har utøvet retten til fri bevegelse. Dette kan for eksempel være uttalelser fra den tidligere vertsstatens myndigheter, personnummer som vedkommende hadde i vertsstaten, mv. Slike krav vil mest sannsynlig være i strid med *Metock*, hvor domstolen fastslo at medlemsstatene ikke hadde rett til å kreve *dokumentasjon* for at familiemedlemmer som er tredjelandsborgere har hatt forutgående lovlig opphold i en annen medlemsstat, med den

⁸² Dette ble fastslått i *Marx* som er nærmere behandlet i avsnitt 5.

⁸³ Se også KOM(2001)257 endelig s. 14.

⁸⁴ http://www.nyidanmark.dk/NR/rdonlyres/D89082C6-3AB7-4551-BCF6-45419400DCEF/0/juridisk_notat_om_metock_2008.pdf

begrunnelse at direktivets art. 10(2), uttømmende oppregnet de dokumenter som medlemslandene kunne kreve fremlagt av tredjelandsborgere.

Det kan også tenkes at myndighetene i medlemsstatene krever *dokumentasjon* på at underholdskravet er oppfylt. Et slikt krav vil også være i strid med direktivet. Tidligere var det praksis i norsk rett om at studenter måtte dokumentere at de oppfylte kravet om sikret underhold, og fremlegge studieplan. Etter at EFTAs overvakingsorgan (ESA) pekte på at slike krav var i strid med fellesskapsretten, har myndighetene endret sin praksis.⁸⁵

Dersom alle vilkårene for familieegjenforening med unionsborger foreligger, skal det utstedes oppholdskort til familiemedlemmer som er tredjelandsborgere, jf art. 9.

5 Retten til innreise

Etter regelverket innenfor EØS- virkeområdet oppstilles som betingelse at unionsborgeren må være i besittelse av et *”gyldig identitetskort eller pas”* jf art.5(1,) for å ha rett til å reise inn i EØS-området. Etter regelverket utenfor EØS- virkeområdet er hovedregelen at utlendinger må være i besittelse av *pass eller annet gyldig legitimasjonspapir som er godkjent som reisedokument* jf utl. § 24 or å ha rett til å reise inn i landet. Så langt samsvarer disse vilkårene med kravene etter EØS-regelverket. Men det følger videre av utl. § 25(1) jf uf. § 104(1) at enhver utlending er underlagt *visumplikt* for å kunne reise inn til riket.

Av direktivets art. 5(1) 2 pkt kommer det uttrykkelig frem at det *ikke er adgang til å oppstille krav om innreisevisum*⁸⁶ for unionsborgere, som medfører at dette kravet bortfaller.⁸⁷

⁸⁵ Ot.prp.nr. 72 (2007-2008) s. 19.

⁸⁶ Bestemmelsen er en kodifikasjon av C-157/79.

⁸⁷ Det finnes imidlertid regler som regulerer utlendingers innreise og opphold etter som førte av Schengen-samarbeidet. Disse er oppgaven avgrenset mot.

Familiemedlemmene til unionsborgeren, som *selv er unionsborgere* (dvs. har statsborgerskap i et medlemsland,) er underlagt de samme betingelser for innreise som unionsborgeren. Dette betyr at de kun må være i besittelse av et pass, eller et annet gyldig identitetskort.

For familiemedlemmer som er tredjelandsborgere, kreves det at de er i besittelse av et gyldig pass. Jf art.5(1). Innreisevisum kan kun pålegges i samsvar med forordning (EF) nr. 539/2001,⁸⁸ eller den nasjonale lovgivning jf art 5(2). Har vedkommende først fått oppholdskort i en medlemsstat jf art.10(jf. avsnitt 4,) medfører dette at vedkommende er fritatt for kravet om visum. Dette innebærer at dersom man først har fått et oppholdskort i et EØS-land, så kan man reise i EØS-området uten visum.

Det er ikke adgang for medlemsstatene å kreve annen dokumentasjon, eller andre betingelser av unionsborgerne og deres familiemedlemmer enn det som følger av direktivets bestemmelser. Dette ble fastslått i *Regina*,⁸⁹

Heller der det ikke adgang å for medlemslandene å foreta undersøkelser, for å avdekke formålet og varigheten av oppholdet ved innreise til vertsstaten. Dette følger av *kommisjonen mot Holland*⁹⁰, Holland hevdet at det måtte være adgang for medlemslandene å foreta kontroller av unionsborgerne, for å verifisere at de var omfattet av fellesskapsretten. I premiss 13 fastslår domstolen at det ikke kan oppstilles som betingelse at unionsborgerne besvarer slike spørsmål ved grensen, for å ha adgang til innreise i vertsstaten.

Videre skulle det hende at unionsborgeren, eller dennes familiemedlemmer befinner seg på grensen uten gyldig identitetsbevis eller nødvendig visum, kan vertslandets myndigheter likevel ikke automatisk bortvise vedkommende jf art 5(4). Det aktuelle EØS-land skal gi vedkommende en *rimelig anledning* til å fremskaffe den nødvendige dokumentasjon, eller på annen måte godtgjøre at vedkommende er beskyttet av retten til fri bevegelse etter EØS-regelverket.

Denne bestemmelsen er basert på EF-rettspraksis, jf *MRAX*, hvor domstolen uttaler i premiss 62 at;

⁸⁸ Denne forordning opplyser de tredjeland som det kan kreves innreisevisum av.

⁸⁹ C-157/79.

⁹⁰ C-68/89. jf EU: Karnov: art.5 note (12).

”der hensyn til proportionalitetsprinsippet, skal fortolkes således, at en medlemsstat ikke ved grensen kan afvise en tredjelandsstatsborger, der er ægtefælle til en statsborger i en medlemsstat, og som forsøger at indrejse i landet uden at være i besiddelse af et gyldigt identitetskort eller pas og om fornødent et visum, når nævnte ægtefælle kan bevise sin identitet og den ægteskabelige tilknytning, og såfremt der ikke er beviser for, at den pågældende udgør en trussel for den offentlige orden, sikkerhed eller sundhed”

Det vil altså være i strid med det EØS-rettslige proporsjonalitetsprinsippet å sende tilbake en tredjelandsborger på bakgrunn av manglende dokumentasjon, dersom vedkommende kan *godtgjøre sin identitet og forbindelse* til unionsborgeren, da retten til fri bevegelse er avledet av unionsborgeren. Vedkommende familiemedlem kan dokumentere sin tilknytning til unionsborgeren for eksempel ved fremleggelse av ekteskapsattest, fødselsattest el. Det er ikke adgang til å kreve andre dokumenter, som for eksempel. Reisedokumenter, bevis for bolig, sykeforsikring osv.

Utstedelse av innreisevisum skal videre foretas av medlemsstatene så fort som mulig etter en forhastet prosedyre, jf art.5(2). Utstedelsen skal være gratis.

Etter regelverket utenfor EØS-virkeområdet følger det av utl. § 25(6) at søknad om visum innvilges av utlendingsdirektoratet(UDI), eller en utenriksstasjon. I saker om familiegjening er videre hovedregelen at oppholdstillatelse skal være innvilget før en utlendingens innreise til Norge jf uf. §10(1). Dette medfører at det må søkes om familiegjening mens familiemedlemmet til referansepersonen befinner seg i utlandet. Dette innebærer at visum først gis av UDI etter å eventuelt ha innvilget oppholdstillatelse på grunnlag av familiegjening. Dette vil ikke skje før myndighetene har kontrollert at alle vilkårene for familiegjening er oppfylt. Av denne grunn tar det lang tid før referansepersonen gjenforenes med sin familie.

Dersom utlendingen ikke *viser gyldig pass, annet reisedokument eller visum* da det er nødvendig, kan utlendingen bortvises jf utl. § 27(1) litra a).

6 Den videre opphold

Unionsborgeren og dennes familiemedlemmer har rett til å oppholde seg på vertsstatens territorium så lenge en oppfyller vilkårene for den videre opphold. Jf art. 14(2) jf art. 7. Dette betyr for eksempel at de som har avsluttet sitt arbeid, eller studier, eller ikke har tilstrekkelige midler til å dekke sitt opphold(underhold) jf ovenfor mister sin rett til opphold i vertsstaten.

Oppholdsretten til unionsborgerens familiemedlemmer er avledet av oppholdsretten til unionsborgeren. Hva slags rettigheter familiemedlemmene til unionsborgeren har dersom denne forbindelsen til unionsborgeren opphører, avhenger av en rekke faktorer. For eksempel om familiemedlemmet selv har statsborgerskap i et EØS-land, eller er tredjelandsborger. Utgangspunktet er helt klart; dersom forbindelsen til unionsborgeren opphører, mister familiemedlemmet sitt oppholdsgrunnlag, ettersom retten til oppholdt for familiemedlemmer avledes av unionsborgerens rett til opphold.

6.1 Retten til opphold for familiemedlem som selv er EØS- /unionsborger

Dersom familiemedlemmet selv er unionsborger, beholder vedkommende sin rett til opphold på selvstendig grunnlag dersom vedkommende selv oppfyller vilkårene for opphold. Dvs. hvis de er arbeidere, selvstendig næringsdrivende, studenter eller andre som har tilstrekkelige midler til å være selvforsørgende, og sykeforsikring. (De kan også selvsagt være familiemedlemmer til andre unionsborgere som oppfyller disse kriteriene.) jf art.14(2). Jf art. 7(1) litra a), b) eller c).

Dette gjelder både ved unionsborgerens utreise eller død jf art, 12 (1) eller ved skilsmisse eller opphør av registrert partnerskap.

6.2 Familiemedlem som er tredjelandsborger

Familiemedlem som er tredjelandsborger får rett til opphold på selvstendig grunnlag ved unionsborgerens død jf art. 14 jf art. 12(2). Det oppstilles imidlertid som betingelse at familiemedlemmet har hatt opphold i vertsstaten i minst ett år som familiemedlem til unionsborgeren, før unionsborgeren avgikk ved døden. Videre oppstilles det som vilkår jf art 12(2) 2. avsnitt at familiemedlemmet kan godtgjøre at det er arbeidstaker, selvstendig

næringsdrivende, eller råder over tilstrekkelige midler til seg selv, og deres familiemedlemmer, slik at de ikke blir en byrde på vertsstatens sosiale system jf art 8(4), samt ha sykeforsikring som dekker all risikoer.

Etter regelverket utenfor EØS-virkeområdet er det også adgang til å gi opphold dersom referansepersonen dør. Rettsgrunnlaget for dette er i så fall utl. § 8 jf uf. § 21(5). Det innvilges oppholdstillatelse dersom det foreligger *sterke menneskelige hensyn*. Denne bestemmelsens ordlyd tilsier at terskelen for å få innvilget opphold er høy. Slik at adgangen til oppholdstillatelse ved partners dødsfall er videre etter EØS-regelverket.

Dersom unionsborgeren forlater staten, mister vedkommende familiemedlem retten til opphold.

Dersom familiemedlemmet har barn med unionsborgeren, og denne forlater vertsstaten eller avgår ved døden, skal ikke dette påvirke oppholdet for barna og dennes forelder som har forelderansvaret. Dette gjelder dersom barna er i et skoleprogram, inntil de avslutter deres utdanning i vertsstaten. jf art.12(3). Hensikten med denne bestemmelsen er å hindre at barnet må avbryte sin skolegang i et system som det er integrert i.⁹¹

Ved skilsmisse eller opphør av partnerskap, har familiemedlemmer som er tredjelandsborgere rett til videre opphold dersom det formelle forholdet har vart i til sammen minimum tre år, ett av disse i vertsstaten, jf art. art 13(2).⁹²

Dersom partene har barn ved opphør av et formelt samliv, har familiemedlemmet rett til opphold i vertsstaten, dersom vedkommende har forelderansvaret etter avtale eller dom jf art. 13(2)litra b) eller utøver samvær med barna. Utøvelsen av samværsretten må foretas i vertsstaten. Retten til opphold vedvarer så lenge som nødvendig dersom barna er mindreårige. Jf art. 13(2)litra d).

Utenfor EØS-regelverket vil forelder i en slik posisjon ha rett til opphold etter utl. § 9 jf uf. § 23(1)litra i) og j). I disse bestemmelsene oppstilles det også som vilkår at forelderens enten har forelderansvaret, eller utøver samværsrett.

⁹¹ Ot.prp. nr 72 (2007-2008) pkt. 7.8.

⁹² Det tar med andre ord tre år for en tredjelandsborger å oppnå oppholdstillatelse i et medlemsland på grunnlag av ekteskap. Utenfor EØS-regelverket tar det tre år for en person å oppnå permanent oppholdstillatelse. Jf avsnitt 7. Altså tar det like lang tid å oppnå oppholdstillatelse på grunnlag av ekteskap etter begge regelsettene.

Familiemedlemmer som er tredjelandsborgere har også rett til opphold i vertsstaten dersom det foreligger en særlig vanskelig situasjon, og ektefellen har vært utsatt for vold i hjemmet under ekteskapet jf art. 13(2)litra c).

Uten for EØS-regelverkets virkeområdet er det også adgang for oppholdstillatelse til familiemedlem som er ektefelle jf utl. § 8(2) jf uf § 37(6). Av denne bestemmelsen fremkommer det at kvinner kan få fornyet tillatelse etter uf. § 21(3) dersom *kvinnen eller eventuelle barn er blitt mishandlet i samlivsforholdet*. Hensynet bak bestemmelsen er at utenlandske kvinner ikke skal være tvunget til å forbli i et forhold hvor hun eller hennes barn utsettes for mishandling, i redsel for at hun ellers vil miste oppholdstillatelsen. Begrepet *mishandling* omfatter fysisk(vold) og psykisk mishandling(eks. trusler), eller en kombinasjon av disse. *Mishandlingen* må ha ført til en redusert livskvalitet hos vedkommende.⁹³

7 Permanent oppholdstillatelse

Innenfor EØS- virkeområdet reguleres retten til permanent opphold i direktivets Kap. IV, som har som overskrift; ”*Ret til tidsubegrenset opphold*”

Retten til ”*tidsubegrenset opphold*,” eller ”*permanent opphold*,” er en nyskapning ved direktiv 2004/38. Som begrunnelse for denne *nyskapning* uttales det i direktivets fortale pkt.(17) at;

”Tidsubegrenset opphold for unionsborgere, der har valgt å slå sig varig ned i værtsmedlemsstaten, styrker følelsen av unionsborgerskab og er en afgørende faktor med hensyn med hensyn til å fremme den sociale samhørighed, der er et af Unionens grundlæggende mål”

Det er videre klart at personer som oppholder seg i et land over en periode blir *knytter seg til* landet, og *integreres* i samfunnet. For disse kan det være tungt å måtte forlate det land, som mest sannsynlig også har blitt deres *hjem*.

⁹³ NOU 2004:20 okt. 8.5.9.3.

Det rettslige grunnlag for permanent oppholdstillatelse er direktivets art.16.

Art. 16(1) har følgende ordlyd;

”Unionsborgere, der lovligt har haft opphold fem år i træk i værtsmedlemsstaten, har ret til tidsubegrænset ophold på dets område. Denne ret er ikke underlagt betingelserne i kapitel III.”

Bestemmelsen fastslår altså at unionsborgere som har oppholdt seg *lovlig* i vertslandet i *sammenhengende fem år*, har rett til permanent oppholdstillatelse. Denne rett er ikke underlagt de betingelser som fremkommer av kap. III, se ovenfor.

At det oppstilles et krav om at oppholdet må ha vært *lovlig* innebærer at vedkommende må hatt oppholdsrett i fem år.⁹⁴

Direktivets art. 16(2) fastslår at art. 16(1) også får anvendelse på familiemedlemmer, *”der ikke er statsborgere i en medlemsstat”*. Dette er familiemedlemmer som er tredjelandsborgere. Vilkåret er at disse har *bodd lovlig*⁹⁵ sammen med unionsborgeren *sammenhengende i fem år*.

Unionsborgeren og dennes familiemedlemmer, uansett nasjonalitet er således underlagt samme betingelser for å oppnå permanent oppholdstillatelse.

Betingelsen som stilles etter art. 16(1) for retten til permanent opphold, er at unionsborgeren, eller dennes familiemedlemmer har hatt *fem års sammenhengende lovlig opphold* i vertslandet.

Kravet om fem års sammenhengene opphold i landet innebærer ikke at unionsborgeren eller dennes familiemedlemmer ikke kan bevege seg utenfor landets grenser på fem år. Det fremkommer av art.16(3) at sammenhengen i oppholdet ikke berøres av midlertidige fravær. Disse fravær må ikke overstige til sammen seks måneder per år. Det er også adgang til fravær av lenger varighet, dersom dette skyldes tungtveiende grunner som for eksempel. graviditet/fødsel, alvorlige sykdommer, studier, yrkesrettet opplæring mv. jf art. 16(3).

Retten til permanent oppholdstillatelse⁹⁶ utenfor EØS-regelverkets virkeområdet reguleres av utl.§ 12. Jf uf. § 43. Her oppstilles det som vilkår at utlendingen *de siste tre år*⁹⁷ *har oppholdt*

⁹⁴ Ot.prp. 72 (2007-2008) pkt. 7.9.1.

⁹⁵ Også i regelverket utenfor EØS-virkeområdet oppstilles det krav om å bo sammen. Se. Avsnitt 3.2.

⁹⁶ I regelverket utenfor EØS-virkeområdet omtales rettent til permanent oppholdstillatelse som *bosettingstillatelse*.

seg sammenhengende i riket med oppholdstillatelse. Oppholdstillatelse må fornyes hvert år, dersom vilkårene for opphold fremdeles foreligger jf utl. § 11 jf uf. §§ 32 og 33.

Oppholdstillatelse på grunnlag av familiegjening er omfattet av bestemmelsene.

Reglene innenfor EØS-virkeområdet har således strengere for oppnåelse av oppholdstillatelse, da disse krever fem års sammenhengende botid. Vi ser her at det stilles et strengere krav til botid etter reglene innenfor EØS-regelverket, enn regelverket utenfor EØS-virkeområdet.

Hva som ligger nærmere i kravet om at utlendingen må ha oppholdt seg i landet *sammenhengende i tre år*, er nærmere presisert i uf. § 44. Av denne regelen kommer det frem at utlendingen ikke må ha oppholdt seg utenfor Norge i mer enn til sammen syv måneder de siste tre år. Dersom utlendingen har oppholdt seg utenfor riket i mer enn syv måneder, er kravet likevel å anses som oppfylt dersom det kan slås fast på et senere tidspunkt at utlendingen ikke har vært utenfor landet i mer enn syv måneder i løpet av en treårsperiode.⁹⁸ Det kan likevel oppstilles krav om lenger botid i riket dersom det foreligger forhold etter § 29, som ikke er alvorlige nok til å bortvise utlendingen jf uf. § 43(4).

Av disse bestemmelsene ser vi at kravet til sammenhengende botid er strengere etter regelverket utenfor EØS-regelverkets virkeområde, enn regelverket innenfor EØS-virkeområdet.

Innen for EØS-regelverkets virkeområde gjøres det en rekke unntak fra kravet om *fem års sammenhengende* lovlig opphold i vertslandet for visse kategorier jf art. 17.

Etter art.17(1) litra a) gjøres det unntak for arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende, dersom de har oppnådd pensjonsalder etter vertslandets lovgivning. I Norge er dette 67 år jf lov av 28.02.1997 § 19-4. Unntaket gjelder også de som har gått av med *førtidspensjon*. Av forarbeidene fremkommer det at uttrykket omfatter uførepensjon, men ikke avtalefestet pensjon.⁹⁹

Art.17(1) litra b) gir unntak fra kravet om fem års botid i for arbeidere eller selvstendige næringsdrivende som har vært yrkesaktive i vertsstaten i mer enn to år, og som må slutte grunnet

⁹⁷ Se note 92.

⁹⁸ NOU 2004:20 s. 273.

⁹⁹ Ot.prp.nr 72(2007-2008) pkt. 7.9.2.

arbeidsudyktighet. Dersom denne arbeidsudyktighet skyldes arbeidsulykke eller yrkessykdom for vedkommende rett til ytelse som helt eller delvis betales av en institusjon i vertsstaten. Det stilles ingen krav til oppholdets varighet i slike situasjoner.

Art.17(1)litra c) fastslår at arbeidskaker eller selvstendig næringsdrivende som etter tre års sammenhengende arbeid og opphold i vertsstaten arbeider, som arbeider som selvstendig næringsdrivende eller arbeidstager i et annet EØS- land(pendler)gis rett til varig opphold. Vedkommende må imidlertid reise tilbake minst en gang i uken, for å holde fast på tilknytningen til vertlandet.¹⁰⁰

Av art.(1)2.ledd fremkommer det at perioder med uforskyldt arbeidsløshet, som er bekreftet av den kompetente myndighet, eller perioder med uten arbeid som vedkommende ikke har hatt innvirkning på, samt sykefravær, eller fravær grunnet ulykke skal betraktes som perioder hvor vedkommende har vært i beskjeftigelse, dvs. disse perioder blir tatt med ved vurderingen av om vedkommende har vært i arbeid i tilstrekkelig lang tid for å nyte rettighetene etter art.17(1)litra a), b)eller c).

For å oppnå permanent oppholdstillatelse etter regelverket utenfor EØS-virkeområde oppstilles det videre som vilkår i utl. § 12 jf uf. § 43 at det ikke ligger forhold som nevnes i utl § 29(1). Denne bestemmelsen regulerer brudd på straffeloven, utlendingsloven mv.

Uf. § 43 (3) fastslår at en søknad om permanent oppholdstillatelse legges i bero¹⁰¹ inntil *skyldspørsmålet* er avgjort.¹⁰²

Det oppstilles også som vilkår etter utl. § 12 og uf. § 43 (2) at utlendingen har gjennomgått pliktig norskopplæring jf lov av 4. Juli. 2003 nr. 80. Hensynet bak denne bestemmelsen er å integrere utlendinger i det norske samfunn. Dette vilkåret oppstilles ikke etter regelverket innen EØS-virkeområdet.

¹⁰⁰ Op.prp.nr 72(2007-2008) pkt. 7.9.2.

¹⁰¹ Det avventes med å treffe vedtak.

¹⁰² Etter regelverket utenfor EØS-virkeområdet er det adgang til å nekte en EØS-borger eller dennes familiemedlemmer innreise, familiegjengenforening og opphold dersom hensynet til den offentlige orden, sikkerhet eller helse tilsier dette. Reglene for utvisning er imidlertid ikke tema for denne oppgaven.

Rettsvirkningene av permanent oppholdstillatelse kommer frem av utl. § 12(2). *Bestemmelsen slår fast at en bosettingstillatelse gir rett til opphold og til å ta arbeid uten tidsbegrensning.*

Dette innebærer at utlendingen ikke trenger å fornye tillatelsen. Denne tillatelsen kan heller ikke trekkes tilbake på grunnlag av at forutsetningene for innvilgelse av førstegangstillatelsen har endret seg.¹⁰³ En person som har fått innvilget opphold på grunnlag av familiegjensforening vil således fortsatt nyte rett til opphold i Norge, selv om familiesituasjonen endres. For eksempel dersom to ektefeller skiller lag, vil den ektefelle som har fått oppholdstillatelse på grunnlag av familiegjensforening med ektefelle fortsatt nyte retten til opphold ved en skilsmisse. En slik tillatelse gir også et sterkere vern om utvisning/bortvisning.

Etter regelverket innen EØS-virkeområdet tapes retten til permanent oppholdstillatelse jf art.16(4), ved opphold utenfor vertsstaten i to sammenhengende år. Bestemmelsen gjelder både unionsborger, og tredjelandsborgere. Begrunnelsen for denne bestemmelsen er at man antar at tilknytningen til vertslandet er redusert, så stor grad at det ikke anses som naturlig at vedkommende beholder rett til permanent opphold.¹⁰⁴

Utenfor EØS-virkeområdet kan en som har fått innvilget bosettingstillatelse miste denne dersom vedkommende oppholder seg utenfor riket i mer *enn to år sammenhengende* jf utl. § 12 jf uf. § 49. Tidskravet etter dette regelverket er således likt som tidskravet etter regelverket innen EØS-virkeområdet. Videre, kan oppholdet utenfor riket kan anses som å være mer enn to år sammenhengende, selv om utlendingen har hatt *flere korte opphold* i landet jf. uf § 49(2). Etter uf. § 49(3) fastslås det videre at opphold utenfor landet anses sammenhengende dersom vedkommende i *løpet av en fireårsperiode* har hatt flere opphold utenfor Norge som til sammen har en *varighet på mer enn to år*.

Utlendingen kan imidlertid søke om adgang til å oppholde seg utenfor riket jf uf. § 49((3).

¹⁰³ NOU 2004:20 s. 273.

¹⁰⁴ Ot.prp. nr 72(2007-2008) pkt. 7.11.

8 Konklusjon

Som vi har sett ovenfor så er reglene utenfor EØS- virkeområde mer strengere enn rettsreglene innenfor EØS-virkeområde, når det gjelder retten til innreise, opphold, og familiegjenforening.

Dette betyr at de som kan påberope regelverket innenfor EØS-virkeområdet har en fordel. I denne gruppen har vi statsborgere fra de øvrige EØS-land som utøver retten til fri bevegelse, for eksempel ved å komme til Norge. Men også norske borgere som har utøvd retten til fri bevegelse, og som vender hjem igjen jf. *Singh* har adgang til å påberope EØS-regelverket, slik at denne gruppen vil returnere under EØS- bestemmelsenes beskyttelse.

For å havne i denne privilegerte gruppen må således norske borgere *sette seg i en situasjon* hvor de kan påberope seg EØS- rettens gunstigere regler. Dette innebærer som utgangspunkt at de må flytte ut av landet. For de som har mulighet til det, er det greit. Men de som ikke har anledning til det, vil bli rammet av de strengere bestemmelser. Dette vil være norske statsborgere som av ulike grunner ikke kan forlate landet, og øvrige borgere som ikke har norsk statsborgerskap.

Denne situasjon kalles for *omvendt diskriminering*. Begrepet sikter til den situasjon når en uventet gruppe personer *forskjellsbehandles* på en negativ måte i forhold til andre EØS-staters borgere.¹⁰⁵ I dette tilfelle behandler Norge borgere fra de øvrige EØS-land, herunder egne statsborgere som har utøvd retten til fri bevegelse, mer fordelaktig enn de øvrige norske borgere.

Spørsmålet er således om denne form for diskriminering er tillatt i EØS-retten?

EF-domstolen har uttalt i bla. *Metock* at en eventuell forskjellsbehandling mellom unionsborgere som har utøvet deres rett til fri bevegelse, og unionsborgere som ikke har utøvet retten til fri bevegelse ”*hva angår indreise og opphold for deres familiemedlemmer er ikke omfattet af fællesskabsrettens anvendelsesområde.*” jf premiss 78.

Dette betyr at EF-retten ikke forbyr *omvendt diskriminering*.

¹⁰⁵ Tryfonidou(2009) a) s. 3.

Dersom EF-retten hadde fastslått at alle EØS-borgere var omfattet av EØS-regelverket kommer man fort på kant med det folkerettslige suverenitetsprinsippet. For mens statene vanligvis søker å holde mest mulig fast på sin suverenitet ved å gi bort så lite som mulig av dens myndighet, er det på det rene at en organisasjon som EU er helt avhengig av å få tildelt tilstrekkelig kompetanse for å kunne nå de mål som den er opprettet for å oppnå.¹⁰⁶

EF art. 5 fastslår at fellesskapet skal handle innen rammen av den myndighet og de mål gitt ved denne traktat. Videre fastslår bestemmelsen at fellesskapsrettens tiltak ikke skal gå lenger enn det som er nødvendig for å nå traktatens mål.

En eksplisitt grense trekkes ikke mellom medlemsstatenes og Fellesskapets kompetanse. Denne oppgaven er overlatt til EF-domstolen.

Den interne regel som går ut på nasjonal rett regulerer interne forhold, mens det kreves et grenseoverskridende element¹⁰⁷ for at EF-regelverket skal kunne anvendes, kan anses som en slags grensetrekning mellom medlemsstatenes kompetanse på den ene siden, og Fellesskapets kompetanse på den andre.

Dette er en grense som enkelte mener EF-domstolen har trukket for langt i Fellesskapets favør. Særlig etter avsigelsen av *Metock*, som flere land har protestert mot. Det har blitt skrevet artikkel på artikkel om EU, som søker å styrte innvandringspolitikken.¹⁰⁸

At EØS-regelverket tillater *omvendt diskriminering* innebærer at det er opptil de nasjonale myndigheter å ta stilling til problemet. Noen land takler problemet ved å ha bestemmelser i sin nasjonale rett, om at landets egne borgere ikke kan behandles på en mindre fordelaktig måte enn utlendinger. Eksempler på land som har slike bestemmelser er Frankrike, Østerrike og Italia.¹⁰⁹ De fleste EØS-land har imidlertid ikke slike bestemmelser, deriblant Norge, som medfører til at problemstillingen er høyst aktuell. Spørsmålet er dermed om Norge bør ha bestemmelser som

¹⁰⁶ Tryfonidou (2009)a) s. 6.

¹⁰⁷ jf. avsnitt 3.2.2.

¹⁰⁸ <http://www.rights.no/publisher/publisher.asp?id=56&tekstid=2147>
<http://www.document.no/2008/11/metock.html>

¹⁰⁹ Spaventa (2007) s. 128.

løser *diskrimineringsproblematikken* Dette betyr nødvendigvis at det gis regler som gir norske borgere like gode rettigheter, uavhengig av om de har beveget seg ut i EØS-området.

En kan imidlertid stille spørsmålet om det i det hele tatt foreligger *forskjellsbehandling*.

Forskjellsbehandling krever i utgangspunktet at *liknende* tilfeller behandles *ulikt*. Er *unionsborgere* som har utøvd retten til fri bevegelighet, og således bidratt til å realisere EØS-rettens formål om et felles marked, i en liknende situasjon som de borgere som ikke har gjort dette?

Uansett om det kan argumenteres for at EØS-borgere som utøver retten til fri bevegelighet ikke er i en *liknende* situasjon som de øvrige EØS-borgere, setter enkelte teoretikere spørsmålsteget ved om denne begrunnelse *rettferdiggjør* det faktum at EØS-borgere som har utøvet retten til fri bevegelighet gis en ekstra menneskerettslig beskyttelse av EØS-regelverket.¹¹⁰ Tross alt sikter menneskerettighetene på å gi grunnleggende rettigheter til *alle*, med mindre en eventuell forskjellsbehandling rettferdiggjøres, med en saklig og proporsjonal begrunnelse. At det forhold at noen har krysset en grense, mens andre ikke har gjort skal anses som *saklig og proporsjonalt* kan diskuteres. Uten at jeg har undersøkt dette nærmere, antar jeg at *omvendt diskriminering* ikke strider mot menneskerettighetene.

Slik jeg oppfatter EF- domstolens praksis, så søker ikke domstolen å gi borgere som har benyttet den frie bevegelighet et ekstra menneskerettslig vern. Men menneskerettslige argumenter brukes som *tilleggsargumenter* for å stryke domstolens argumentasjon.

Denne form for forskjellsbehandling er uansett uheldig. Spørsmålet som således er stilt er om denne form for diskriminering burde forbys av EF-retten? Bør alle EØS-borgere nyte rettighetene etter EØS-regelverket uavhengig av om de har praktisert retten til fri bevegelighet?

Problemet med å ha slike bestemmelser er at lover og regler er det viktigste virkemiddel myndighetene har for å kontrollere innvandringsstrømmen til landet, i en tid hvor vestlige land er understert immigrasjonspress. En mulig løsning ville være å tillate familiejenforening etter

¹¹⁰ Tryfonidou (2009)b) s. 16.

EØS-regelverket for alle norske statsborgere. På denne måten blir ingen tvunget ut av landet for å så kunne søke ly under EØS- bestemmelsene ved hjemkomst.

De land som blir *hardest rammet* av problemet om *omvendt diskriminering*, er land som fører en streng innvandringspolitikk. Dette er land som eks. Danmark som oppstiller strengere vilkår for oppnåelse av oppholdstillatelse, og familiegjening, enn det som kreves i Norge. Av denne grunn har mange danske statsborgere søkt til Sverige, Malmø, hvor de på den måten unngår Danmarks strenge bestemmelser. Dette fenomenet omtales som ”Malmø-modellen.”

Dersom Norske myndigheter strammer opp det norske regelverket ytterligere kan man ende opp med at mange norske statsborgere, i likhet med de danske statsborgere velger å krysse grensen til f. eks Strømstad, og resultatet blir at det dannes en ny modell; ”Strømstad-modellen.”

Dette betyr at om norske myndigheter velger å fortsette med å ha et strengere regelverk for de som ikke omfattes av EØS-regelverket, så bør i alle fall ikke dette regelverk avvike stort fra regelverket innen EØS-virkeområdet, da borgerne kan tilpasse seg dette ved å simpelt benytte den frie bevegelse, og vende hjem igjen etter en stund.

Selv mener jeg at det er meningsløst å operere med et regelverk som tvinger borgere ut av landet. Dette er bebyrdende for de som må flytte ut, da de som regel vil tape både tid og penger grunnet flyttingen. Ikke minst er dette urettferdig for de som ikke har anledning til å flytte ut av landet. Det kan være mennesker som har et yrke som gjør det vanskelig å forlate Norge, eller av andre grunner må forbli i landet, for eksempel fordi de har et sykt familiemedlem som trenger deres pleie.

9 Kilder

Traktater:

- 1947 Traktat om opprettelse av det Europeiske Fellesskap(Romatraktaten) av 25.03.
Inngått i Roma.

Direktiv:

- 2004 Direktiv 2004/38/EF om unionsborgeres og deres familiemedlemmers ret til at
færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område.

Lover:

- 1967 Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker(forvaltningsloven) av 10.02. nr.00.
1988 Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her av(Utlendingsloven) av
24.06 nr. 64
1991 Lov om ekteskap (ekteskapsloven) av 07.04 nr. 47.
1992 Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske
økonomiske samarbeidsområde (EØS-loven) av 27.11.1999 nr. 109
1993 Lov om partnerskap (partnerskapsloven) av 30.04.nr. 40 (Opphevet)
2008 Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her(utlendingsloven) av
15.05.2008 nr.35.
2009 Lov om endringer av utlendingslovgivningen (reglar for EØS- og EFTA-borgarar
o.a) av 09.01.09. nr. nr. 1.

Forskrifter:

- 1990 Utlendingsforskriften gitt den 21.12.1990.

Rettspraksis:

a) Høyesterett:

Rt-2006-1657

b) EF-rettens praksis:

- C-157/79 Regina (Regina mot Pieck, saml. 1980 s. 2171)
- C-35/82 Morson (saml.1982 s. 03723)
- C-59/85 Reed (saml. 1986 s. 1283)
- C-316/85 Centre public d'aide sociale de Courcelles v Marie-Christine Lebon. Saml.1987 s. 02811)
- C-68/89 (Kommisjonen mot Holland. Saml. 1991 s. I-2637)
- C-370/90 Singh (The Queen v. Immigration Appeal Tribunal And Surinder Singh, ex parte Secretary of State for the Home department. Saml. 1992 s. I-42265.)
- C-64/96 og Uecker og Jaquet (Kari Uecker og Vera Jaquet mot
- C-65/96. Land Nordrhein-Westfalen 1997 s. I-03171)
- C-224/98 D'HOO P(Marie-Nathalie D'Hoop v Office national de l'emploi, 2002 s. I-06191
- C-184/99 Grzelczyk (Rudy Grzelczyk mot Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve, saml. 2001s. I-06193
- C-459/99 MRAX (Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie ASBL) Mot Belgian State saml. 2002s. I-6591)
- C-60/00 Carpenter (Mary Carpenter mot Secretary of State for the Home Department saml. 2002 s.I.-6279.)
- C-109/01 Akrich (Secratary of State for the Home Department mot Hacene Akrich, saml. 2003 s. I-09607)
- C-209/03 *Bidar* (The Queen, på vegne af Dany Bidar saml. 2005 s. I-02119)
- C-408/03 Kommisjonen mot Belgia, saml. 2006 s. I-2647.
- C-291/05 *Eind* (Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie mot R.N.G. Eind saml. 2007 s. I-10719)
- C-551/07 *Sahin* (Deniz Sahin mot Bundesminister für Inneres,19. december 2008)
- C-127/08 *Metock* (Blaise Baheten Metock and Others, 25.07.2008)

Forarbeider:

KOM(2001) 257 endelig

2001/0111(COD): Finnes på:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2001:0257:FIN:DA:PDF>

NOU:2004:20 (Ny Utlendingslov).

Ot.prp. nr 46(1986-87)

Ot.prp.nr.44 (1993-1994)

Ot.prp. nr 72 (2007-2008)

St.prp. nr 42 (2007-2008)

Resolusjoner, Instrukser og rundskriv:

Rådet for den europeiske resolusjon: 97/C 382/01.

Instruks AI-2006-008

Rundskriv RS 2008-006

Juridisk litteratur:

Paul Craig, og Grainne de Burca EU LAW, TEXT, CASES AND MATERIALS, third edition, Oxford, 2003.

EØS-rett. Frederik Sejersted...[Finn Arnesen]. 2. utg. Oslo, 2004.

Eleanor Spaventa, Free movement of persons in the European Union, forlag: Kluwer Law International, 2007.

Alina Tryfonidou(a), Reverse discrimination in EC-law, første utgave, forlag: Kluwer Law International, 2009. 1

Artikler:

Alina Tryfonidou (b)Family reunification rights of (migrant) union citizens: Towards a liberal approach, 2009.

Finnes på:

http://www.unc.edu/euce/eusa2009/papers/tryfonidou_07H.pdf (sist avlest: 25.04.09)

Internettsider:

<http://eumovement.wordpress.com/> (sist avlest 25.04.09)

<http://eumovement.wordpress.com/2008/04/22/definition-of-family-member/> (sist avlest 25.04.09)

<http://eumovement.wordpress.com/2008/04/28/other-family-members-who-are-beneficiaries/> (sist avlest 25.04.09)

http://www.nyidanmark.dk/NR/rdonlyres/D89082C6-3AB7-4551-BCF6-45419400DCEF/0/juridisk_notat_om_metock_2008.pdf

(sist avlest 25.04.09)

http://www.ombudsmanden.dk/nyt_og_presse/alle/Modtagelse_af_redegoerelse_fra_Udlaending_eservice/ForelbigredegrelsetilFolketingetsOmbudsmand22august2008_a.pdf/

(sist avlest 23.04.09)

http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/citizenship/movement/doc/table_correspondence_en.pdf

(sist avlest 25.04.09)

http://ec.europa.eu/commission_barroso/barrot/archive/guide_2004_38_ec_en.pdf

(sist avlest 25.04.09)

<http://www.document.no/2008/11/metock.html>

(sist avlest. 27.04.09)

<http://www.rights.no/publisher/publisher.asp?id=56&tekstid=2147>

(sist avlest. 27.04.09)

Spesialoppgaver:

Khan, Ansa Sadia Vilkår og hensyn for familiegjening med ektefelle, (2008), Oslo.

Stene, Cecilie Vilkåret om det grenseoverskridende element ved fri bevegelighet av fysiske personer, (2003), Oslo.

Thier, Maria Theresia Familieinnvandring,(2006), Oslo.

Annet:

EU-KARNOV- nettutgaven.

Lovdata

Eur-lex